

**POR IACINTO FORNER**

IESVS,

MARIA,

IOSEPH,

POR

IACINTO FORNER

GENEROSO, SEÑOR DEL  
LVGAR DE BENASAV, Y DEMAS HE.

REDEROS DE LA QVONDAM IVSEPA

Bernabeu, y de Forner viuda, su  
Madre.

CON

THOMASSALA.

FRANCA CAVA.

LLERO.



Con licencia en Valencia por Francisco Cipres, en la calle de  
las Barcas, Año 1667.



**L**A V R A Salafranca de la Ciudad de Alicãte, (precediendo el averse declarado, aver aquella sucedido, juntamente con Tomas Salafranca, y Eusebio Salafranca sus hermanos, iure successionis ab intestato, por iguales partes, en todos los bienes, y herencia del quondam Pablo Salafranca su padre, con sentencia dada por el Governador de dicha Ciudad, en 16. de Diziembre 1643. adjudicandoseles por indiviso; y precediendo tambien el aver recaido sentencia de division, en la mayor parte de dichos bienes, estimados en quarenta cinco mil libras, dada por dicho Governador, en 6. de Junio 1664. que està en el pleyto fol. 2. dexando diferentes censales, y creditos para otra division, y caido entre ellos a su parte, dos casas cituadas en dicha Ciudad, en la Parroquia de San Nicolas, la vna en la calle Mayor, y la otra en la Plaça de la Mar, con las confrontaciones especificadas en el item 70. de dicha particion, fol. 34. estimadas por 1600. libras,) con auto que passò ante Pedro Climent Notario, en 4. de Noviembre de dicho año 1643 que està fol. vendió aquellas a dicha Iusepa Bernabeu, por el mismo precio, el qual confesó al pie de la venda, aver recebido realmente, y de contado.

2 Y teniendo noticia que dicho Tomas Salafranca (en virtud de cierta Real Sentencia, que abria obtenido en esta Real Audiencia, con injuncion de dicha Laura, publicada por Gaspar Mascarò, Escrivano de Mandamiento, en 24. de Julio 1653 en seguida de la instancia, que hizo en 21. de Mayo 1650. que està presentada por dicho Salafranca fol. 376. en que se abria declarado aver instituido dicho Pablo Salafranca, vn vinculo, y fideicomisso particular en su favor, de todas las casas, censos, sindicados, huertos, y heredades de Loya.) Trataria de que se le diese possession tambien de dichas dos casas, firmò de derecho por la Corte del Iusticia de dicha Ciudad, de estar en possession dellas, en que fue mantenida. La qual despues se evocó a esta Real Audiencia, a instancia de dicho Tomas Salafranca.

3 Et successivè, intentando aquel remedio prevencional, q̄ mas adaptable fuesse a su intento, y se hallare introduzido en su favor

2 favor, en suplicacion de 13, de Octubre 1655. que diò principio al pleyto, que està en el fol. 1. suplicò, le mandara declarar, no tener derecho dicho Tomas Salafranca, en dichas casas para darsele la possession, por averle pertenecido legitimamente con dicho titulo de venda, y competerle legitima a dicha Laura, en los bienes de su Padre; quando subsistiera el vinculo acerto.

4 Y por dicho Tomas Salafranca, despues de varias contradicciones, produccion de autos, y testigos por ambas partes dados, y presentados, en suplicacion de 4. de Julio 1662. que està fol. 362. le intentò demanda de reivindicacion por dichas casas, contra dichos herederos, suplicando no solo se declarara, no proceder lo suplicado por dicha Iusepa Bernabeu, en la referida suplicacion de 31. de Octubre. Pero tambien, que dichas dos casas eran proprias suyas, por averle pertenecido en virtud de dicho acerto vinculo; y que fuesse mandado a sus herederos, las dexasen vacuas, y expedidas, adjudicandofelas juntamente con los fruto.

5 En cuya exclusion se han opuesto por dicha mi parte, varias excepciones, y entre ellas las siguientes, en las quales dividiré este papel.

6 La primera, que la declaracion de dicho acerto vinculo, y fideicomisso, no queda provada saltim respeto de dicha mi parte, ni le perjudica.

7 La segunda, que en caso pareciesse lo contrario, aviendo tocado dichas casas a la parte de dicha Laura Salafranca, y aquella en 24. de Noviembre 1644. (& sic ante petitionem, & declarationem) vendido a dicha Iusepa Bernabeu, por dichas 1600. libras, subsistiria en parte de paga, de la legitima que le competia en los bienes, y herencia de dicho Pablo Salafranca su Padre.

8 La tercera, que aviendolas alienado con buena fe, ignorando dicho vinculo, no tendria accion contra mi parte, sino ad summum contra dicha Laura.

9 La quarta, que faltando dichas excepciones, les competeria retencion de dichas casas, assi por dicha legitima, como por las obras, y mejoras necessarias, que en ellas tienen hechas.

EX.

## EXCEPCION I.

QUE LAS REALES SENTENCIAS QUE DI-  
xela obtenido Tomas Salafranca, así en esta Real Audiencia, como  
en el S.S.R.C. de Aragon, no perjudican a dichos herederos, ni  
queda provado, respecto dellos dicho acerto  
vinculo.

10 T Omas Salafranca entiende justificar dicha demanda de  
reivindicacion, con la copia de la referida Real Senten-  
cia de 24. de Julio 1653. y de ella se prueba, y reconoce, no  
averse llevado la causa con injuncion de dicha Iusepa Bernabeu,  
pues solo se lee hizierõ parte en ella dicha Laura Salafranca, y Lo-  
renzo Cabrera, Curador decretado a la menor edad de Eusebio  
Salafranca, con los quales se concluyõ:

11 Por lo qual, tamquam res inter alios acta, no prueba res-  
pecto de mi parte, no ayiendõ sido citada, ni llamada, ni puede  
perjudicarle, y por consiguiente, justificar dicha demanda, *ex l.*  
*l. C. res int. alios acta. & tot. tit. ff. eod. l. sepe, ubi DD. ff. de re iud.*  
*l. vno quoque, ff. eod. cuius verba sunt. De vno quoque negotio presen-*  
*tibus omnibus quos causa contingit iudicare oportet aliter enim iudica-*  
*tum tantum presentes tenet, & probat Mascar. de probati conclus.*  
*1268. num. 2. el señor Regente Leon decis. 76. num. 2. Argel*  
*de legitim. contrad. quest. 10. art. 19. num. 264. & quest. 7. art. 4*  
*num. 80. Surd. decis. 209. num. 9. & decis. 74. num. 12. Cache-*  
*ran. decis. 157. num. 7.*

12 Y expresamente està dispuesto por el Fuero 1. rub. quib:  
*non noc. res. ind. ibi: Las sentencias que seràn donades entre alguns qui*  
*haxen plet, aquells qui no foren en juby, ne el plet nols percanyguen en lo*  
*qual foren donades aquelles sentencias no valen, ni noen.*

13 Y mas faltando los requisitos, que para ello se requie-  
re intervengan, como son: el primero, la sciencia en dicha mi  
parte del pleyto; el segundo, que le toque primario, y principal-  
mente la defensa de ella, y no a dichos Laura, y Eusebio Sala-  
franca; el tercero, que aquellos tuviesse derecho de mi parte.

B

como

como doctamente lo resuelve despues de aver disputado la que-  
tion, Covar. pract. quest. cap. 13. num. 7. vers. Tandem, con estas  
palabras : Tandem in summa ut questionem istam absolvamus, ex ipso  
Iure Consulto deducimus, cunc demū sentētia inter alios, lata alijs nocere,  
cum tria concurrunt simul, non alias regulariter. Primum, sciencia  
illius cui nocere debet sententia oportet enim quod is sciat causam agi, &  
tractari. Secundum, quod huius litis, & controversie defensor, & actio  
primo loco, & præcipue ac directe spectet ad illum non ad litigantem,  
etiam si eius intersit victoriam obtinere. Tertium, quod in hac lite tra-  
ctentur de iure, & dominio litigantis a quo velut ab authore proprio con-  
stat ius, vel dominium ipsius qua patitur littem istam cum alio tracta-  
ri.

14 Y aunque segun sentir de Iayme Cancer. variar. lib. 3. cap.  
17. de sent. & cor. execut. num. 554. basta se, que se trate del dere-  
cho de tercero en el juizio, esto es, del fundamēto de su derecho,  
& quod defentio litis ad tertium qui scivit causam agitari primo  
loco spectaret, segun la comun inteligencia de dicha, l. sepe, ut  
ibi :

15 In quo puncto (refiere dicho lugar de Covar.) licet Covar.  
partem affirmativam teneat verum contrariaque communis est, ut ibidē  
num. 8. Covarr. fateatur, & verior cum iuxta communem veram, &  
receptam sententiam sufficiat quod de iure tertij in iudicio agatur pu-  
sa de fundamento iuris sui, ut explicat Alex. in dict. l. sepe, n. fin. vers.  
Aut Rafael, & quod defentio litis ad dictum tertium qui scivit cau-  
sam agitari primo loco spectaret iuxta dispositionū tex. Secundum verū,  
& communem intellectum.

16 Aun siguiendo dicha opinion, no se abrian verificado  
no el Primero, pues en dicho pleito no se ha tratado del derecho  
de mi parte, y fundamento de su defensa para esta causa en que  
consiste aquella, que es, no solo el no aver vinculo fundado por  
dicho Pablo Salafranca, mas que la sucesion abintestato, por la  
qual dicha Laura, tocandole a su parte dichas casas, como a li-  
bres, las pudo vender; Pero que aunque le huviesse la alienacion  
dellas hecha antes de susitarse, fue legitima, y que se deve de im-  
putar, in partem legitimæ, y que le competeria retencion, as si por  
aquella, como por las mejoras que tendria hechas.

17 Ni el segundo, pues la defensa del aviendose tratado solo, de las fuerzas del testamento manuscrito por dicho Pablo Salafranca, y si del resultava vinculo, en los bienes alli designados, en favor de dicho Tomas, ni podia tocar, ni tocò primario a dicha mi parte, pues no pretende suceder al testador, ni tener causa del.

18 Con que dichas Reales Sentencias, no aviendo sitado a la causa a dicha mi parte, no pueden perjudicarle, cap. *quam nec*, vbi Abbas, Felin. & omnes, D D. *de re iudicat*. Decio *cons*. 445. Cardin. Thulch. *practicar. conclus*. 176. verbo *Sententia*, num. 2. ibi:

19 *Et quod sententia inter aliquos lata non praeiudicat alijs etiam successoribus quando habent interesse, & non fuerunt citati in specie, nec in genere per proclamata, & nihil fuit eis notificatum. & non habuerunt scientiam est text. in cap. quamvis.*

20 Lo que amplia con Bartulo num. 4. aunque tenga causa del el condenado, y lo declara mejor en el num. 6. con estas palabras: *Extende generaliter quia licet sententia praeiudicet, & valeat contra citatum contra quem est datus libellus; tamen quantum ad executionem praeiudicij si actor vult sententiam alijs praeiudicare debet eos citare.*

21 Y por dicha razon no obra contra aquella cosa alguna, y es lo mismo que fino la huviere obtenido, vt probat Angel in *dist. l. si vno quoque circa finem*, ff. *de re iud*. Alex. *cons*. 84. col. 3. lib. 3. y dicho Cardenal Tusch. en dicha *conclus*. 176. num. 25. ibi: *Declarat quia sententia non est nulla lata contra debitorem non citatis alijs creditoribus sed illes non praeiudicat ideo quatenus intendo quod illis praeiudicet erunt citandi.*

22 Y siendo el fundamento vnico, y principal en que justifica la demanda de dichas casas dicho Tomas Salafranca, dichas Reales Sentencias, faltando la citacion, y no averse substanciado la causa con mi Parte, no procede, ni queda justificada, por obstarles dicha excepcion, de res inter alios facta.

## REPLICA.

23 Sin que subsista el alegar, lasabria obtenido con legitimos

mos contradictores, quales serian dichos Maura, y Eusebio, lo que le bastaria para que hiziesen drecho, quo ad omnes, por ser sentencias statutus, sin aver tenido necesidad de llamar a mi Parte.

## SATISFACION:

24 **P**orque en satisfacion se responde, que el aver seguido la causa con sus hermanos, solo puede obrar el que esten vinculados los bienes de dicho Pablo Salafranca, en virtud de dichas Reales sentencias, en quanto a aquellos, vt resoluit Marcus Ant. Peregrin. *de fideicom. art. 53. num. 32.* cuyas palabras son: *Circa sextum maximam esse vim sententiae in causis fideicommissarijs dicta constat nam siquidem in iudicatum transierit, quia pro veritate habetur, l. res iudicata, ff. de regul. iur. l. ingenium, ff. de statu hom. absque dubio adversus succumbentem, probat fideicommissum esse, vel non esse.*

25 Y tambien contra los successores, herederos, y llamados en dicho vinculo, y fideicomiso, que tienen el derecho, in spe, como asì lo entienden todos los Doctores, que tratan, que la sentencia dada con injuncion de alguno, perjudica al tercero, como es de ver en Molina *de Hispan. primog. lib. 4. tit. 8. per totum.* en dicho Peregrino *dict. art. à num. 51.* en Covarr. *pract. cap. 13. num. 6.* Gayto *de credito, cap. 2. tit. 3. num. 653. & 659. & 697.* y en Castillo *controvers. cap. 157. per totum.*

26 Empero, no contra el successor singular, como es el comprador, Cravet. *variar. cap. 14. de locat. & conduct. num. 31.* vt probat Federicus de Senis *cons. 106. in principio, vers. Secundo posito;* y despues de aquel, dicho Cardin: Tusch. en la referida *conclus. num. 16. ibi: Amplia vt non prauidiceat singularibus successoribus, & emptoribus bonorum vsurarij si non fuerunt citati.*

27 Y que compró antes de declararse super fideicommissolo, que no fue citado, pues no puede perjudicarle, como lo declara dicho Peregrino en dicho *artic. num. 46.* ( despues de aver puesto por conclusion, *quod res iudicata adversus eum, cuius principaliter inter est nocet successoribus, seu habentibus secunda*  
riura



7  
rium interesse, y que por dicha razon daña a los que tienen causa del, post sententiam latam, como son los herederos, y sucesores particulares) con estas palabras: *Sucessoribus autem singularibus causam habentibus ante sententiam post lata eis ignorantibus non nocent.*

28 Et post eum, dicho Gayto en dicho tit. 3. en el num. 700 en donde refiriendo la opinion de los Doctores que cita, de quibus num. que tienen, que la sentencia dada contra el heredero, vale contra su sucesor, y sustitutos, y conciliando aquellos, dize; se ha de entender, quando el no litado no tiene interes, in re ipsa; sino, in spe, & futuro, porque teniendole in ipsa re, no se perjudica, cujas palabras son:

29 *Immo Alex. & ceteri ibi allegati per Sphoriam, & relati per nos dict. num. 693. Si dicunt sententiam valer etiam non citato eo de cuius praiudicio agitur, sed non nocere non citato intelliguntur, quando non citatus habebat interesse in causa re ipsa non autem sola spe, dum dicunt etiam non citato eo de cuius praiudicio agitur nam praiudicium principale attenditur non secundarium in nostris terminis, ut per hoc totum hunc articulum satis demonstratum est, ideo huic principaliter interessatio non citato, non perjudicat. Sed quando non citatus haberet interesse spe tantum, & secundario ac in certe, ut in terminis nostris, tunc omnino iure procedit nostra receptissima sententia, itaque intelligendum Alex. & reliquos citatos Auctores, &c.*

30 A cuya doctrina parece se deve de estar por reputarse por mas segura, y mejor, la del Doctor, que distingue examinada la question Gabriel de testib. conclus. 4. num. 85. Cagnol. in l. nemo potest, ff. de regul. iur. como con Paponio, Surdo, y otros muchos, lo sienta Olea de cess. iur. tit. 6. quest. 2. num. 42.

31 Con que teniendo dicha mi parte, tempore litis motæ interes in re ipsa, esto es, en dichas calas, que se pretende estar vinculadas, pues las alquilava como a proprias, y en virtud de dicha venda, lo que no pudo ignorar dicho Tomas Salafranca, por vivir en la mesma Ciudad de Alicante, y ser bien publico, y notorio, antes bien se presume tuvo sciencia dello, ad tradita, per Mascari. de probationibus, conclus. 1294. num. 1. & 2. & conclus.

1232. *num.* 3. & 15. no aviendose llevado con su injuncion, no pueden perjudicarle.

32 Y es de ponderar la distincion que hazen los Doctores, que tratan del punto, si la sentencia se dió antes de aver alienado, y vendido el convenido los bienes, ó despues.

33 En el primer caso resuelven, que si, quia res transit cum suo onere.

34 Y se corrobora por lo dispuesto en el fuero 8. *rub. de clam. non mutad.* de no poderse alienar, y vender, por el actor, ni por el reo, puesta la demanda la cosa contenida en aquella, ó sobre que se litiga.

35 Del qual infieren los Doctores, poderse seguir contra el tercero comprador de la cosa, *super qua est questio, vt docent dominus Leo decis. 22. num. 1. Capicio decis. 128. num. 12. Cartara decis. 55. num. 13.*

36 Y no ostante Gaito en dicho *tit. 3. num. 642.* entiende, que sin embargo que haya *statuto quod detur executio contra emptorem ignorantem*, necesitarse de la ciencia del comprador, y vendedor del vicio de la cosa litigiosa, *vt ibi: Verum in praxi contrarium servari vt requiratur scilicet scientia utriusque venditoris, & emptoris, vt vitium litigiosi opereatur exactionem contra tertium eumentem.*

37 De cuyo sentir fue antes Gratian. *dissept. forent. cap. 502 num. 10.* en donde afirma, no solo ser necesario, vt constet de *prædicta scientia*, sed etiam que si pendiente lite fuerit facta alienatio, deverse citar el poseedor, & audiri ante quam contra eum exequatur.

38 Y aun se alarga mas Surd. *decis. 256. num. 7.* con Bartūlo, Alexand. Gozadino, y otros; que si pendiente el juicio, vno comprare de vno de los litigantes, y aquel sucumbiere en el pleito, la sentencia no se puede executar contra el comprador, sino que primero, agendum est de revocatoria, seu rescissoria, de cuya opinion dize ser Osach *decis. 65. num. 4.*

39 En el segundo caso resuelven no causar perjuizio sin ser citado, y convenido, y que de nuevo se deve llevar contra aquel

9  
còmo es de ver en dichos Doctores, de los quales referirè algunas  
doctrinas in individuo.

40 Cardinal. Tusch. en dicha conclus. 176. num. 9. dize as-  
si: *Extende in casu conuerso quia sententia lata contra authorem non  
nocet successoris, ante sententiam quia debuit citari, y en terminos de  
comprador en el num. 17.*

41 *Extende quia sententia lata contra venditorem, etiam super  
proprietate rei non nocet emptori non citato.*

42 Y en el num. 26. *Amplia ut procedat etiam respectu empto-  
ris, & singularis successoris, quia sententia lata, & testes examinati  
contra venditorem non citato emptore non periudicat, sed de novo contra  
eum est agendum, quod intellige quando facta erat venditio tempore exa-  
minis, & sententia de quibus agitur, secus si postea vendidisset.*

43 Y en el num. 57. *Limita quia sententia lata, & probatio  
facta contra debitorem probat, & habet effectum contra eum qui emit,  
ab eodem post probationem, quia res transit cum suis oneribus, & sua  
causa.*

44 Y en el num. 85. *Limita quia contra tertium, & non ci-  
tatum exequitur sententia quando emit pendente lite in reali.*

45 Catillo en dicho cap. 157. num. 30. *Ita quoque sententia  
non nocet successoris quando ante sententiam ius erat translatum in suc-  
cessorem.*

46 Salgado de laberint. creditor. part. 3. cap. 13. num. 33. *ibi:  
Ubi etiam de sententia lata contra antecessorem, ut non periudicet suc-  
cessori tunc temporis ius habenti.*

47 Surd. decis. 256. num. 17. *in principio: Non etiam adverti-  
tur quod sententia lata contra authorem prauidicet successoris, nam hoc  
verum est quando fuit lata ante quam, aliquod ius esset in successorem  
translatum, at secus quando ante sententiam ius erat translatum in suc-  
cessorem, etenim tunc non periudicat.*

48 Y en terminos de sententia dada contra el cedente, que  
no perjudique al cessionario, a quien antes ius fuerat quæsitum, y  
de recognicion de escriptura, que no perjudique, post ius alte-  
ri quæsitum, Gratianus dicep. forent. cap. 287. à num. 9. Salga. de  
laberint. creditor. part. 3. cap. 13. num. 6. Surd. decis. 256. num.

17. *Castill. dict. cap. 157. num. 30.* y de dada contra el propietario, que no dañe al usufructuario, in usufructu non vocato, nec citato sicuti nec contra, la dada contra el usufructuario no perjudique al propietario, in proprietate docet. *Gloss. in l. is cuius, §. fin. ff. de usufruct. & tenent Castill. de usufruct. cap. 34. n. 5. Cavalcan in tract. de usufruct. num. 125. Flores de Mena in addit. ad decis. 266. Gammæ part. 2. Salgad. de laberini. creditor, part. 1. cap. 17. num. 12. & 13.*

49 Siguele pues, que si la sentencia, como queda provado a num. 40. no daña adaqueel que comprò pendiente iudicio, en quanto a poderle executar antes de su rescision; mucho menos le perjudicará aviendo comprado antes de averse sucitado el pleito sin aver sido citado, vt in simili arguit, *Surdus in dict. decis. 256 num. 7. in fine.* y por consiguiente, no pueden perjudicar a mi parte sin averla llamado a el.

50 Lo que se corrobora con la decisison de Antonio Capicio 107 num. 4. en donde dize, que aunque el tercer poseedor, del daño, y perjuizio del qual, principalmente no se trata, no se deve citar para valididad del acto, in iudicio principali contra debitorem, con todo, para que le cause perjuizio es necessaria la citacion, vt ibi:

51 *Quod quando tertius non fuit citatus in iudicio quod agebatur contra venditorem non fiet contra eum executio, etiam si victor velle probare quod ad illum debitorem victum res pertineat, & fundat se quia ille processus non facit sibi praiudicium non probat illum esse debitorem in praiudicium istius tertij possessoris non vocati facit nam licet, gloss. 2. in l. de vno quoque, ff. de re iudicata, tenet, quod is de cuius praiudicio principaliter non agitur, non sit sitandus pro qua est, l. 1. §. penult. de ventr. impiciend, & Bart. in l. in aem de aqua pluvia, Arcend. & Bald. in labeo vlt. col. C. quomodo, & quando iud. tamen illud intelligitur, quo ad validitatem actus, sed ad hoc vt praiudicet illi de cuius praiudicio etiam principaliter non agitur, requiritur citatio saltem per proclamata.*

52 Y con la decisison 256. de Surd. en donde con Baldo, Alexand. Romano, Zepola, Gabriel, y otros muchos, dize: *Nec  
obstat*

11

obstat quod sufficiat illi citari cuius principaliter inter est, non etiam eum cuius secundario, & in consequentiam negotium generatur. Respondet enim hoc verum esse, quo ad validitatem actus, quia valet actus eo non citato, qui pretendit interesse accessorium, sed non ut illi qui non fuit citatus praerudicat actus.

53 Y mas quando en virtud de dichas Reales Sentencias, obtenidas contra dicha Laura Salafranca, ha puesto dicha demanda, por averse declarado en ellos, recaher todas las casas, y heredades que dexò dicho Pablo Salafranca, en el vinculo, y fideicomiso particular, fundado por aquel, en dicho su acerto testamento, pues devió de citar a dicha mi parte, tambien principalmente, aunque sean accessorias las casas a dicha Real Sentencia de 24. de Julio 1653. porque aviendose declarado ser aquel papel el vltimo testamento de dicho Pablo Salafranca, y aver en él fundado dicho vinculo, que es lo principal de la causa, y ser vinculadas todas las casas que dexò dicho Salafranca; virtualmente se declaró serlo las dichas, por ser de su herencia, en cuya parte tuvo notorio, y claro interes dicha Iusepa Bernabeu, por averlas comprado en los años antecedentes de dicha Laura Salafranca, y por dicha razon, en aquella se deve de juzgar principal interesada, y como a tal devió de ser citada, como lo prueva el señor Presidente Vicente de Franchis *decis. 523 num. 16. ibi: Et tandem dicebatur quod quando alicuius principaliter inter est ipse principaliter debet citari, & audiri.* Segun que assi dize el mismo Capicio en la *decis. 107. num. 9.* se inclinò a declarar aquel Senado de Napoles.

54 Por lo que dicha Real Sentencia no puede perjudicarle, vt tenent Angelus, & Imola, *in dicta l. vnoquoq; in fine.* aque nes siguiò dicho Franchis, en la referida *decis. 523. num. 15. vt ibi: Immo dicebatur, quod quando ex condensatione principalis est deveniendum ad possessores pignorum ipsi sunt principaliter citandi licet pignus sit accessorium ad obligationem personalem, nec sententia cum alijs lata eis perjudicat.*

55 Facit etiam, lo que lleva Cancer. *part. 2. cap. 16. num. 53.* que quando el interes de lo principal de la causa, no es del

D

ter-

tercero ( como in occurrenti ) por lo quã no puede repeler al actor , pues mi parte no pudo impedir, no se tratase de la subsistencia de dicho testamento, y sucesion de aquel , por no tener accion, ni derecho de sucesion en los bienes de dicho Pablo Salafranca, entonces no perjudica sepa, o no sepa del pleyto, ibi :

56 *Vbi vero quis non obtineret primum locum in agendo, & defendendo causam, & sic non posset ipse à iudicio, principalem defensorem repellere, tunc sive is fiat causam per alium tractari, sive ignoraverit, sententia quæ inter dictas partes fertur, ut res inter alios lata, dicto tertio non præiudicat.*

57 Conque aunque dichas sentencias se huviesen obtenido con legitimo contradictor, aviendose substanciado con dicha Laura, y Eusebio Salafranca, interelados en la sucesiõ vniversal de los bienes de su Padre, y en que no se declarara recayan entre los demas bienes sitios vinculados dichas casas, y q̄ fuesse caula, status, ( que solo se reputa, y tiene por tal en la q̄ se trata, super statu personæ, esto es, quod sit, liber in genus, legitimus, civis, clericus, nobilis, vel alterius conditionis, vel de parentela, secundum Cinum in l. in genuum, ff. de Stat. homin. & alios relatos per Surd. decis. 289. num. 17. Garcia de nobilit. gloss. 46. num. 3. Castill. dict. cap. 157. num. 36. ) de cuya naturaleza es dañar al tercero, & facere ius quo ad omnes sive sciverint, sive ignoraverint, nec ad iudicium vocati fuerint.

58 Nihil ominus, no le perjudicarian a dicha mi parte, por dos razones, entre otras que hazen en su favor.

59 La primera, porque segun los milmos Doctores declaran, no se entienda dicha regla, quo ad eos qui æque principale ius habent, la razon es, quia natura parium est, quod alteri per alterum non inferatur incommodum, y dicha Iusepa Bernabeu, de quien tiene causa mi parte, igual le tenia con dicha Laura, en la parte que no se declararan vinculadas dichas casas, y de no aver fideicomisso dellas, aunque no en lo principal de la sucesion, ò parte en la herencia del testador, pues a via de ponerle demanda dellas dicho Tomas, como lo ha hecho, vt cum alijs

alijs probat Franch. in dicha decis. 523. num. 18.

60 La segunda, porque dicha sentencia se a dado entre dicho Tomas, y sus hermanos, y dicha mi parte es tercer poseedor, contra la qual, agitur pro contentis in ea, sin averle substanciado, ni llevado la causa con su injuncion, en cuyo caso no se perjudica ( y mas teniendo, como ya tenia, al tiempo que se fucitò, dichas casas, y que lo sabia dicho Tomas, por vivir todos en vna Ciudad, como queda provado, ex dictis, ) segun q̄ assi lo declarò el Senado de Napoles, teste dicho Franch. en la referida decision 523. y mejor en la decision 524. que por parecer al intento transcribo.

61 *In precedenti decisione fuit conclusum, quod quando alicuius principaliter inter est, etiam quod sit processum cum legitimo contradicte, & etiam quod sit causa status sententia inter alios lata alteri non praiudicat toto titulo res inter alios acta ( cita a algunos, y profigue, ) quia debet iste cuius principaliter inter est in causa citari Tiraquel. in precedenti decis. Hinc sumpta occasione vissum mihi fuit referre quae in causa magna quantitatis super statu sui patris, & matris, ex iuribus maternis, & ex alijs iuribus ei cessis, pro quibus obtinuit sententiam per Sacrum Consilium, per quem fuit declaratum ei licere retinere quadam castra, cumque de quantitibus in sententia declaratis, non esset ei plene satisfactum, egit assistentia contra tertios possessores, compilato qua processu, & probatis extremis in actione hypothecaria instabat sententiam assistentiae proferri super bonis praedictis, excipiebant possessores contra veritatem debiti, replicabat iste de sententia praedicta, quam dicebat ipse esse latam cum legitimo contradicte, & cum eis quorum principaliter intererat allegabat decisionem DD. in dict. l. de vno quoque, & Alexand. in l. filius familias, §. divi, ff. delegat. 1. & cons. 156. 2. vol. Croc. in dict. §. divi, col. 12. num. 45. Ripa ibidem, col. 3. cum alijs, ex adverso dicebatur habere pro se regulam praedictam quod res inter alios acta alteri non praiudicat, & dicebat quod ad finem, ut pignorum detentor possit condemnari requiritur, ipsius suasio, ut dicunt Angelus, & Immoles in precedenti decisione allegati, & conferunt alias supra relata, & dicta per Capicium in decis. 107. & dicebatur ex eodem processu apparere*

114  
parere huic non deberi quantitatem in sententia contentam, & facta  
plena discussione, me referente iunctis dominis duarum aularum, fue-  
runt dicti terti possessores absoluti, nulla habita ratione de predicta  
sententia in qua ipsi non erant citati, & cum ab hac sententia fuisset  
reclamata additis tribus peritissimis vnis in causa illius decisione  
fuit declaratum bene iudicatum, & male reclamatum, & ex more  
impositum perpetuum silentium.

62 Y no perjudicandoles, como lo ha sentido dicho Real  
Senado, parece deven de ser absueltos, sin tener consideracion  
a dichas Reales Sentencias, ni a reputarse por ellas vinculadas  
dichas casas.

## EXCEPCION II.

*QUE AVIENDO TOCADO DICHAS CASAS  
a la parte de Laura Salafranca en dicha particion, aviendolas ven-  
dido antes de succitarsele pleyto sobre dicho acerto fideicomiso, la alie-  
nacion subsiste en parte de paga de dicha legitima, que  
le competia en los bienes de su  
Padre.*

63 **A** Vnque de lo deduzido en dicha excepcion, podia mi  
parte esperar feliz suceso en dicha causa; y mas con el  
exemplar de tan grave Senado, como los sentires de los hom-  
bres son tan varios, que como dize el doctissimo Fontanel. *de-  
cis. 86.* quando esperaba tener en las causas que Patrocinava  
sentencia en favor, la reconosia en contra, no ha querido fiar  
su justicia solo della, sino acompañarle con las otras de que he  
hecho mencion num. 7. y 8. para que todas juntas, quando ca-  
da vna de por sí no sea bastante, muevan el animo de este gra-  
ve, y doctissimo Senado, a repelir dicha demanda,

## SVPOSICION,

64 Entre las partes no se duda, antes bien se dá por const-  
tante



15  
tante en p̄ocesso tener legitima dichā Laura en los bienes, y herencia de su padre, solo se disputa quanta es, en que bienes se deva, y si pudo pagarle della en dichas calas aviendo otros bienes libres de dicha herencia, bastantes; con que es preciso averiguar estos dos puntos, y discurrir en ellos lo que parece favorece a mi Parte.

## PUNTO I.

**EN QUE SE TRATA EN QUE BIENES DE Pablo Salafranca, se le deve a Laura Salafranca su hija la legitima, y si con frutos, y quantas.**

65 **L**A Legitima, segun Merlin, *de legitima, lib. i. tit. 1. num. 7.* de Peregrino, Beroo, y otros: *Est portio successionis iure natura, vel quasi, seu lege, vel statuto, in causa testati debitam.*

66 Que esta competa en los bienes del Padre, y en los que tenia, tempore eius mortis, no es dudable, y se prueva.

67 Lo primero, ex eo, que la legitima, segun la mas recibida, y comun opinion de los Doctores, de qua testantur Argel. *de legitim. contr. quest. 10. art. 10. num. 1.* vbi plures cumulat Grasis *s. de legitim. quest. 1. num. 2.* Petra *de fideicommiss. q. 15. num. 9. & 19.* Gail. *observat. 120. num. 23.* Cardinal Mantic *de coniectur. lib. 7. tit. 8. nuus. 5.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 36. num. 2.* Franch. *decis. 127.* Rota Romana *decis. 347. num. 6. & 7. part. 1. & decis. 474. num. 3. ead. part. in novissim. pluribus relatis dicho Merlino lib. 1. tit. 1. quest. 2. num. 1.* Fontanel. *decis. 574. num. 28.* qui testatur de observantia sui Senatus, *est quota bonorum.* la razon asigna ser dicho Merlino *dict. num. 2.* quia legitima non deducitur, nisi ære alieno detract. *l. Papinianus, s. quarta, ff. de in offit. testam.* & propterea non potest esse quota hereditatis. Sed bonorum, cum ære alieno de ducto dicantur bona, vt probat idem Fontanel. *decis. 571. num. 14.*

68 Lo segundo, porque siendo parte de los bienes para  
E sacar.

sacarla, se deve de atender al tiempo de la muerte del padre, por ser la legitima, quota bonorum à defuncto patre relictorū tempore mortis, idem Merlin. *tit. 1. quest. 1. num. 3. l. in quantitate* 74. ff. ad l. falsid. ibi: *In quantitate patrimonij exquirenda vissum est mortis tempore spectare, l. simus, §. repletionem, C. de inoffic. test. & in auct. novissima eod. tit. ibi: Ex substantia deficientis, §. 1. ibi: Terciam propria substantia, Castill. controvers. lib. 2, cap. 13. num. 52.*

69 Luego en buscar los bienes, y valor para sacar la legitima, se deve de aguardar el tiempo de la muerte, que es propriamēte quando se puede hazer la detraccion, vt firmant Marta de succes. legal. part. 1. quest. 25. art. 2. n. 15. Fontanel. dict. decis. 571. num. 12. Codex Fabrian. lib. 3. tit. 29. de inoffic. test. dis. 5. num. 2. & dis. 23. num. 29. ibi: *Eo tempore quo de legitima queri oportet idest quo pater moritur, qua ratione non improbabili ter possit quis meo iudicio defendere omni casu spectandum tempus mortis patris in stimanda lesione.*

70 Es muy al proposito el text. de la l. cum quæritur, C. de inoffic. testam. en donde pidiendo se como podia impedir el padre al hijo, la querella in officiosi test. Responde el Consulto: dexandole la quarta parte de los bienes que poseeria, tempore eius mortis, el qual se deve de aguardar, con estas palabras: *Cum quæritur an filij de inofficioso testamento possint dicere; si quartam bonorum mortis tempore reliquis in spiciunt.* Del qual prueva dever se de los bienes que posehya quando murió.

71 Y es en tanta manera, que aunque el Padre le assignare legitima al hijo en vida, y despues al tiempo que muriere, no tuviere tantos bienes, como quando se la señaló, se deveria de regular a la cantidad correspondiente a los que dexò quando murió, como lo pruevan Peregrin. de fideicommiss. art. 36. num. 18. Manguil. de impur. legitim. quest. 9. num. 77. & sequentibus, Marta de succes. legal. part. 4. quest. 12. art. 5. num. 20. & post eos Fontanel. dict. decis. 571. n. 23. despues de aver desentrañado el punto, ibi:

72 *Et in summa cum ad taxandam legitimam lex respiciat tempus*

pus.

17

pro mortis in quo incipit deberi volens esse eam, hanc vel illam quantitatem, elargiendam de bonis que tunc haberet pater videatur, nec hominem posse aliud facere, nec iudicis qui nihil aliud est quam vox legis, diversimode iudicare, pro velate discursu de obligatione Iudicis, non recedendi à legis tramite, sed ei semper in harendi, nec evicicio debet esse mitior, nec credulior lege facta, probat noster Xamarg de offi. Iudicis, part. 1. quest. 1. §. 3. per totum.

73 Bien se sigue pues de lo dicho, que siendo la legitima quota bonorum, se deve, in corporibus hereditarijs, & non in pratio illorum, como exprellamente se convence por el S. hoc quoque nos in auct. de trient. & semis. dict. l. Papinianus, §. quarta. ff. in offi. testam. dict. l. scimus, §. relectionem, & auct. noviss. C. eodem, Faber in suo Codice, lib. 6. tit. 18. dif. 8. num. 1. lo que siguió la Rota Romana in decisionibus recollectis per Crassum in tit. de testament. 160. alijs decis. 10. num. 5. con estas palabras.

74 Placuit dominis discursus ultimus factus super decis. 1562 art. 6. & dixerunt, quo ad consequutionem legitima in casu propositione deberi attendi tempus mortis respectu ipsorum bonorum, & corporum hereditarium, non autem respectu valoris, quia de corporibus, & de bonis detrahí debet legitima, y lo ha declarado dicha Rota diferentes vezes. teste Farin. in posthumis, y está aptovado por diferentes Senados, teste Marta de succes. legal. Peregrin. Afflict. Franchis. Petra. Francisco Stephano, y otros referidos por Fontanella dict. decis. 572. num. 3. el qual en el numero 4. lo dá por constante, y sin genero de contravencion, ibi: *Et nihil magis criticum, & vulgare quam illud quod datur proconstanti in dicta de cisione de corporibus, & bonis debere detrahí legitimam, & in eis esse debitam nec in pratio, nec in valore.*

75 Cuya opinión se halla canonizada por este S. R. S. en la Real Sentencia publicada por Alreus. Escrivano de mandamiento, en 14. de Febrero 1622, entre Doña Leonor Escrivã y Zanoguera, y Doña Leonor Maça.

76 Y de derecho comun procede en tanta manera, que si el Padre dexare al hijo legado por legitima en dinero, puede repudiarle, y pedirle in bonis hereditarijs, como sino se le huviese  
viesse

vielle dexado, vt sentit Faber. *in suo codice. lib. 3. tit. 19. de in  
offi. testam. diffinis. 9. & diffi. 29. num. 9.* en donde afirma aver  
se declarado assi en aquel Senado.

## S. I.

**QUE CONSISTIENDO LA LEGITIMA IN  
corporibus, qui pariunt fructus, se le deven al hijo los au-  
mentos de ellos;**

77 **Y** POR dichas razones resolvió la Rota en la referida de-  
cision, apud Grasum, deversele al hijo los aumentos  
prevenidos, ex corporibus hereditarijs, desde el dia de la muer-  
te del Padre, ibi: *Vnde dicebant haumentum preventum ex corpo-  
ribus predictis debitis debere cedere lucro ipsius legitima, quia corpo-  
ra, & bona ipsa sunt obligata, & debita pro legitima non autem valor  
per allegata in dicto discursu.*

78 La qual dize Fontanela en dicha decission, num. 6.  
ser bastante, pues si el cuerpo hereditario, que corresponde a  
la parte del legitimario, es suyo, tambien deve de serlo el aume-  
to, pues es accessorio, y sigue a su principal, aunque ay muchas  
otras, que lleva para mayor firmeza de dicha opinion desde el  
num. 7. hufque ad 10. ibi:

79 *Ex hoc solo quod legitima sit detrahenda ex corporibus ut vi-  
disti, vult Rota sequi augmentum proventum ex corporibus predictis  
debitis, debere cedere lucro ipsius filij non alterius non requirit alia  
argumenta, & revera nihil aliud quarendum, si enim corpus illud ha-  
reditarium quod parti meae legitima correspondet, sit meus ut probabi-  
mus, cur non etiam, & illius augmentum, bene Stephan. ubi supra num.  
5. ubi dicit ea sola ratione constitutum à prudentibus repletionem de  
substantia, & de corporibus fieri, ut videlicet omnis utilitas, & occa-  
sio rerum hereditariarum filium sequatur proportione sua.*

80 Que el cuerpo hereditario sea del hijo, se prueva por  
ser la legitima, ius vniversal, y ser hereder o por aquella por-  
cion que le toca, vt sentit Gratian. *decis. 4. num. 33. ibi: Nam*

is cui debetur dicitur heres pro ea portione, ò porlomenos quando, non absolute, secundum quid, segun Bald. in l. non est, C. famul. et sineund. Gratian. disep. forent. cap. 688. lib. 4. Anton. de Amato variar. resolut. 43. num. 37. Peregrin. de fideicommiss. art. 36. num. 69. Giurb. decis. 65. num. 3. Fontanel. dict. decis. 572. num. 11. 12. y 13. desuerte, que beneficio legis, se separa, y se haze del hijo, idem Fontanel. decis. 574. num. 4. ibi: *Es ea quidem corpora proportione contingente legitimarum statim mortuo patre lex segregat, & separata ab hereditate, & sunt ipsius filij.*

81 Y de que se le devan los frutos, ó aumentos de aquella parte, a die mortis, se induze, porque desde aquel dia, ipso iure legitimarius fit dominus legitimæ, & sic ratione dominij trahit secum fructus, por seguir los frutos al dominio, Gratian. disep. forent. Cap. 400. num. 38. cum sequentibus, & dicta decis. 4. num. 61. Surd. decis. 25. num. 26. Fontanel. dict. decis. 572. num. 15. Petra de fideicommiss. quest. 95. num. 19. Merlin. de legitim. lib. 2. tit. 1. quest. 1. num. 3. novissimè Leotar. de usuris quest. 18. per totam.

82 Lo que procede, tanto que se considere heredero en aquella porcion, quæ occupat legitimam, ò que se considere señor de ella, como que se considere tanfolamente como acrehedor, como algunos quieren, pues seria acrehedor certæ speciei, y no de cantidad, pues no se deve la estimacion de la tercera parte, sed ipsa tertia pars, quæ in singulis corporibus consistit, segun sentir de Peregrin. de fideicommiss. art. 36. num. 72. pues de qualquier modo atrahit ad se haugmentum fructum. desde aquel dia, l. si ex toto 8. l. grege 21. & l. si grege 22. ff. delegatis 1. Surd. cons. 128. num. 16. in fine, Gratian. disep. forent. cap. 165. num. 4. & sequentibus, idem Fontanel. decis. 574. num. 4. ibi

83 *Causa adquisitionis horum haumentorum in beneficium legitimarij est quia. est solvenda legitima in corporibus hereditarijs, qui respiciunt augmentum, & diminutionem ea quidem corpora proportione contingente legitimarum statim mortuo patre lex separata, & separata ab hereditate, & sunt ipsius filij, & ideo est ut si augmentum au-*

F dimi-

S. II.

**QUE LA LEGITIMA SE DEVE DAR IN**  
*aliquibus rebus hereditarijs arbitrio iudicis, no de los peo-*  
*res, ni mejores, sino de los me-*  
*diocres.*

91 **A** Sentado pues, deverse a dicha Laura Salafranca, la legitima en los bienes hereditarios, queda a averiguar, si in singulis corporibus rerum hereditariarum, ò en algunos de ellos, y parece se le deve dar en algunos de ellos, no de los mas preciosos, ni peores, sino de los medianos, arbitrio boni viri, vt probat. text. in l. si quis argentum 33. §. 1. C. de donationibus, y lo resuelven Menoch. de arbitr. cons. 163. Scobar de ratiosinis, cap. 3. num. 5. Amato resolut. 39. num. 138. lib. 1. & resolut. 56. num. 30. Peregrin. de fideicommiss. art. 37. num. 28. cum sequentibus, & num. 61. Costa de ratiosinis, quest. 140. ex num. 5. Argel de legitim. contrad. quest. 13. art. 1. num. 16. & art. 2. num. 21. & art. 6. num. 69. pluribus relatis, Fontanel. dict. decis. 574. num. 28.

92 La forma de darla el heredero al legitimario, lleva Fontanela en dicha decisión 574. à num. 9. y considera dos casos. El primero, quando no estan estimados, para que el juez pueda señalar la parte, y porcion dellos. Y el segundo quando lo estan.

93 En el primero no me detengo por no hallarnos en él, sino en el segundo, de estar hecha la estimacion por los Expertos de dicha Corte de la Governacion, del tiempo de la muerte de dicho Pablo Salafranca, como queda dicho para la referida divission, precediendo provisión, y relacion de aquellas que son las solemnidades que se requieren en los bienes que en si no tienen estimacion cierta, por las quales se prueva el justo valor, l. hac edictali, §. illud, vers. Mobilium vere, C. de secund. nupt. Alex. in l. pretio rerum, num. 6. vers. Item facit, ff. ad l. falsid. Bart. in l. 2. num.

2. num. 21. C. de resina. vendit. vbi Cagnolus num. 25. & communiter Doctores Seraphin. decis. 54. num. 1. & decis. 1. num. 6. en el qual dize; que aquel Senado, hecha la estimacion elige aquellas propiedades, que le parece competentes para la solucion de la cantidad que importa la legitima con estas palabras:

94 *Atque ita apud nos praticatur inconcuse factis enim suis omnium corporum estimationibus, iudex elegit eos quæ sibi videntur competentes a proprietates ut ad iudices legitimario busque ad concurrentem quantitatem eius quantitatis quæ assignata fuit pro legitima.*

95 Conque constando estar ya estimados los bienes para dicha division tempore mortis de dicho Salafranca, y constando por dicha estimacion, y inventarios, por los quales, etiam in hoc provatur valor bonorum, Merlino de legitim. dict. lib. 2. tit. 2. quest. 4. num. 4. importar por entonces los que se dividieron ( sin otros muchos censales, y creditos que se dexarõ) quarenta, y cinco mil libras, es claro segun el Fuero 49. rub. de testament. ser la legitima de dicha Laura, segun dicha division, cinco mil libras por ser tres hermanos, y deverse repartir entre ellos igualmente el tercio, sin que aya necesidad de bolverse a estimar los dichos bienes divididos, y aun no està apurada quanta es, pues aunque lo ha tomado a su cargo dicho Tomas, no lo ha hecho, y por la misma division se re conoce aver mas bienes, y siendo assi, no se puede dezir estar liquida, con cuyo pretexto passo al segundo punto, si pudo cobrarla en dichas casas.

## PUNTO II.

*QUE DICHA LAURA SALAFRANCA está pagada en parte de su legitima, en dichas casas, y que por dicha causa deve subsistir la alienacion de ellas.*

96 Aunque como queda dicho, toque al Iuez, & illius arbitrio

G

bitrio

24  
bitrio, el asignar la legitimada al hijo, y en los bienes que se le de  
ve dar por el heredero, por lo qual no puede aquel, propria au-  
toritate, tomarla, ni elegir por consiguiente en que la quiere  
Menoch. de arbit. cas. 164. Salicet. in l. si filius, l. famil. et fiscund.  
Marta de succes. legal. part. 4. quest. 17. art. 4. Rota Romana  
apud Merlin. decis. 82. Mieres de maiorat. quest. 14. per totam,  
y con Bart. Ripa, Alexan. Papé, y otros despues de aver dispu-  
tado la question, y razones que pueden hazer por vna, y otra  
parte, la resuelve dicho Argelo de leg. contr. dict. quest. 13. art. 1.  
num. 10. con estas palabras: *Non enim illius est facultate eam  
eligere partem in qua suam legitimam velit, sed partes iudicis sunt  
pro suo arbitrio, aliqua bona ei assignare, nec meliora, nec deteriora,  
sed media quibus pro legitima sit consultum?*

98 Empero se limita dicha regla, si el hijo huviere aliena-  
do alguna cosa hereditaria, porque entonces es recebido entre  
todos los Doctores, subsistir la alienacion, y imputarsele en la  
legitima in tantundem ex quadam æquitate, por averla eligido  
en aquella vt probat text. sext. in l. marcelum, S. res, ff. ad tre-  
bel. vbi Alex. Iazon, Alex. consil. 3. num. 6. lib. 3. qui de com-  
muni testatur. Craveta consil. 8. num. 21. lib. 2. Paris consil. 17.  
num. 32. Peregrin. de fideicom. art. 39. Guido Papæ decis. 606.  
Rota Romana apud Card. Seraphin. decis. 321. num. 16. & in  
resentiore. decis. 215. part. 2. & decis. 580. num. 1. Zephal. consil.  
346. num. 6. & 7. pluribus relatis Argelo dict. quest. 13. art. 1.  
num. 5. ibi:

99 *Hinc constat filium de quaquunque re hereditaria nomine  
legitime recte disponere posse unde si res hereditarias hoc nomine alie-  
net, sustinetur alienatio res que alienata in eius legitimam imputa-  
tur.*

100 Gabriel de legitim. conclus. 4. num. 8. quarto limita nam  
filius non potest eligere vnã rem pro legitima sua nisi ipse vnã rem  
hereditariam alienauerit, quia alienando, illam videtur sibi pro le-  
gitima eligere.

101 Lo que dize es de notar Fusario de substitut. quest. 692.  
num. 30. ibi: *Idem autem notandum est quod filius prohibitus alie-  
nare*



23  
nare si aliquam rem alie ~~ce~~ censetur illam rem eligisse pro sua legitima.

102 La razon assignan ser dichos Doctores, y otros, vt circuitus evitentur, como lo dize Merlino *de legitim lib. 2. tit. 2. q. 3. num. 2.* afirmando pro se de, aunque aya alienado de los bienes de mas estimacion. ibi: *Tamen ab ista iuris rigurosa censura equitate sugerente vt rerum dominium non remaneat in incerto, & circuitus evitentur communiter a Doctoribus traditum est alienata bona fide per filium, etiam ex rebus melioribus imputari in creditum filij videlicet in legitimam, & rebelianicam.*

103 Y hecha la alienacion, ipso iure, está imputada en la legitima, de suerte, que no le queda arbitrio de variar en otros bienes, *l. apud, ff. de adopt. legat. tex. in cap. 1. de vasallis, qui post alienat. Ruin. consil. 180. num. 8. Gabriel de legit. dict. conclus. 4. num. 15. Merlin. dict. lib. 2. tit. 2. quest. 3. num. 46.* en donde refiere diferentes declaraciones de la Rota Romana.

104 Y dize assi: *Quia statim facta alienatione ipso iure facta fuit imputatio in legitimam vnde post effectum consumatum non videtur posse locum habere variatio.*

105 Y en la decis. 16. num. 16. ibi: *Vnde patet quod erat medietas casalis que censetur electa eo, ipso quod super casale fuit impositum census; y en la decis. 17. num. 7. ibi: Et palatium censetur electum in legitimam eo ipso quod predicti de cappis devenerunt ad illius alienationem.*

106 Lo que tiene lugar aunque el testador prohibiesse expressamente la alienacion de sus bienes, pues no puede comprehendere la legitima, Gabriel *consil. 124. num. 7. & consil. 110. num. 25. lib. 1. Nata consil. 145. num. 12. Bereo consil. 93. num. 21. lib. 2. Argel de acquir. possess. quest. 8. art. 40. num. 57.* ibi: *Vnde quemadmodum quando omnia mobilia prohibita sunt alienari nihilominus aliquid nomine legitime alienari potest pro eius valore. Decio consil. 81. num. 7. Quia legitime onus imponi nequit (sino es expressis verbis ex foris Regni) Ita quando tanta est pars vt aliqua legitime pars contineatur, nam pro ea parte qua legitime gravatur prohibicio alienationis est irrita cum idem ius sit de parte quo ad partem.*

26  
rem, quod de toto, quo ad totum.

107 Y lo mismo siente Merlino de legitima, vbi proximè num. 26. en ampliacion de lo dicho: *Ampliatur secundo, etiam si testator suorum bonorum alienationem prohibuerit tunc quia non valet talis prohibitio, vel non includit legitimam, filius alienare potest, & earum rerum alienatarum pretium imputabitur in legitimam.*

108 Y aunque el heredero lo cont radixesse, en lo que la parte haze mucho esfuerço, Bertrã *consil. 25. num. 2.* Rota apud Merlin. *post tract. de legitim. decis. 55. num. 4,* & cum Alex. & alijs, tenet Merlin. vbi proximè num. 7. ibi: *Ampliatur tertio, etiam fideicommissarijs inuitis, & reluctancibus.*

109 Maximè, aviendose hecho con buena fè, Crasus in *§. legitima, quest. 12. num. 4. & 6. dict. l. Marcellus §. res qua,* vbi Bart. Alex. & communiter Doctores, *ff. ad rebel. Gabriel dict. conclus. 4. num. 9. Cuch. de legitima, iii. quib. in reb. consist. post. §. verum, num. 98.* Rota Romana apud dictu Merlin. *post tract. de legitim. decis. 55. num. 3. ibi: Immo si filius bona fide aliquid hereditatis alienaverit id totum debet in legitimam imputari.*

110 Lo que se prueua, y verifica: Primo, por no exceder de precio de dichas casas, la cantidad que le toca de legitima a dicha Laura, pues solo fue de 1800. libras, Bald. in *l. magis, §. non possunt in fine, vers. Item nota, ff. de reb. eor. qui subeunt.* Suarez in *repetitione, l. quoniam in prioribus ampliatur 11. num. 14. C. de in offic. test.* Rota apud eundem Merlin. *dict. decis. 55. num. 11. Præterea bona fides colligitur ex quo pretium bonorum alienatorum legitima quantitatem non excedit.*

111 Gabriel *dict. iii. de legitim. covel. 4. num. 10. & nota* quia videtur in fraudem filius alienare srem longe pluris valentem quam sit legitime alienaverit.

112 Secundo, por no ser dichas casas de los bienes mas preciosos de dicha herencia, respeto de aver otros muchos de mas estimacion, y valor, lo que se verifica por los que la parte pretende recahen en dicho acerto vinculo, en el auto comparando de 17. de Julio 1662. que està fol. 365. en donde les lleva todos, como son la heredad de Loya, que se estima en 7728 libras

27

libras 10. sueld. el cenfal que corresponde la Villa de Cofentayna de 1300. libras, la casa grande de dicha herencia, que se estima en 2822. libras, el huerto, casa, y balsa que se estima en 2010 libras, 7. sueldos, y 6. dineros, vn cenfal que responde dicha Ciudad de Alicante, de 2060. libras, otro cenfal que responde la Villa de la Fuente de la Hyguera, de 2000. libras, el huerto de la partida de la Suera, estimado en 1616. libras; otro cenfal responde dicha Ciudad de Alicante, de 1500. libr. otro cenfal sobre la misma Ciudad de 1600. libras, q̄ importan solo estos bienes, veinte, y dos mil seiscientos treinta, y seis libras, quinle sueldos, y medio.

113 Y los demas bienes, que son censales de particulares, y comunidades, de menores sumas, son tambien de mejor calidad que dichas casas, y lo mejor de la herencia, pues lo que quedò sin vincular, fueron los muebles, y bienes de poca estimacion, segun se reconoce por los inventarios quitados los referidos, quz ad oculum se haze evidente, ex natura illorum, vt probat Gabriel *ubi proxime num. 3.* Rolan. *consil. 72. num. 14.* Peregrin. *de fidei. art. 39. num. 11.* Rota *in dicta decis. 55. num. 5.* en donde para apoyo de lo dicho dize asì: *Hic autem bona fide factam alienationem patet cum in Cardinalis hereditate bona magis pretiosa, & utilia sint.*

114 Y siempre se juzgan de mas vtil los censales, y heredades, que las casas, y mas las referidas, que estaban a tan viejas, que necesitaron dentro tan poco tiempo de obras, en que se ha gastado mi parte (segun resulta del processo) mas de 800: libras, el qual num. 6. dize, no tiene obligacion el hijo de tomar los mas viles, y de menos estimacion.

115 Y no siendo las dichas casas alienadas de los mejores bienes, basta para que cesse el dolo de averse alienado por defraudar al heredero, eadem Rota apud Merlin *decis. 4. num. 16.* y mas ignorando dicha Laura dicho acerto vinculo, pues aun no se avia fucitado el pleyto, como està dicho.

116 Cuya legitima se deve contar en dichas casas por el precio que las estimaron los dichos Expertos, que son de 1600.

H

libras

libras, y no por el que despues pudo tener, tempore alienationis, seu imputationis, segun sentir de Oldrad. *consil.* 107. *circa finem*, Bertar. *consil.* 75. *num.* 29. Simon de Prætis *de interpret. ult. volum. lib.* 3. *decis.* 5 *solus.* 6. Peregrin. *de fideicommiss. dict. art.* 39. *num.* 6. Durando *de art. testand. tit.* 8. *cons.* 9. *in fine*, Gabriel, y otros referidos por Merlino en dicha *quæst.* 3. *num.* 5. el qual en el *num.* 20. haze diferencia de la detraction de la legitima, a la trebelianica, y dize: que para la legitima se atiende al valor que tenia la cosa alienada al tiempo de la muerte del Padre.

117 La razon asigna ser, porque se quenta respeto del valor que tenian los bienes, tempore mortis Patris, y para la trebelianica al tiempo de la restitucion, pues no se deve nisi de tempore quo hæreditas restituitur per fideicommissum, cuyas palabras son:

118 *Ex ista autem traditione inferri potest quod tempus attendatur in huiusmodi præti consideratione, ad quod responderetur aliud in legitima, aliud in trebelianica fore statuendum, nam quo ad legitimam inspiciendum erit tempus mortis testatoris, ut infra latè agam. lib. 5. tit. 4. quæst. 1. & 7. Unde siue statim mortuo patre filius alienaverit, siue post, considerandum erit valor de dicto tempore, & non eius quod crevit, vel diminuitur de tempore adveniēti conditionis, aut diei restitutioni præfixi.*

119 Con que en nuestra especie no tiene dificultad, porque dicha Laura Salafranca, aunque hizo la venda de dichas casas por 1800. libras, y por consiguiente, por 200. libras mas, en que fuerõ estimadas, y adjudicadas a su parte, fue cinco años despues, y lo que por el tiempo, ò por su industria en venderlas, se les aumentó el valor, no se le deve de contar en mas de lo que fueron estimadas por dichos Expertos, que son las dichas 1600. libras.

120 Y es de advertir, que dichas razones, y demas excepciones que le competieran a dicha Laura, y que podria alegar para vilidad de dicha venda, le competen a mi parte, y le es permitido alegarlas, como ateniendo causa suya, y por posse-  
her

29

her dichas calas, vt probat Peregrin. de fideicom. dict. art. 39. n. 4. ibi: Nam tertius possessor excipere potest alienationem legitime ex premisis causis factam fuisse, & post eum Merlin. dict. q. 13. art. 5. num. 53. in additionibus, ibi:

121 Quod filius non tantum est legitimus contradictor pro sua legitima aduersus fideicommissarium, sed etiam tertij possessores in quos filius bona alienauit, & contra quos petitur in missio possunt enim se huiusmodi exceptione tueri, y mas abaxo: Attamen possessor praedij alienati per filium gravatū potest eum impedire donec, & quousque constet an alienata excedant, vel non legitimam alias sunt vera supradicta, vbi agitur de obtinenda in missione in integra hereditate, ista autem exceptio procedit cum petitur in missio in re particulariter alienata cum non, est firmatus status hereditatis, & non appareat consumpta legitima.

122 Rota Romana apud eundem Merlin. decis. 1. num. 4. ibi: Ita vt tertij possessores contra quos petitur in missio possunt se huiusmodi exceptione tueri.

123 La razon assigna ser, quia in singularem successorem transit ius excipiendi. Bart. in l. si tertius, §. si prius, ff. de aqua pluvia arscend. Bertazol consil. 75. num. 27. idem Peregrin. vbi proxime num. 4. in fine.

## REPLICA I.

124 **S**IN que obste el dezir, que la facultad de alienar por la legitima, solo estaria en el heredero gravado, por ser eius vita, durante señor de los bienes hereditarios, y que así podrían tener subsistencia las alienaciones hechas por aquel pro sua legitima, cuya calidad no se hallaria en dicha Laura.

## SATISFAICON.

125 **P**Orque se responde, como queda provado à num. 79. que el legitimario se reputa, segun opinion de muchos Doctores, por heredero, ya que no absolute, segun otros; Se-  
cun-

cundum quid, en aquella parte que le toca por legitima, y por señor de ella, vt tenet Fontanel. *dict. decis. 572. num. 15. ibi: Vel quia ab eo die legitimarius fit dominus legitima, & sic ratione dominij trahit secum fructus.*

126 Y siendo assi en aquella parte, pudo alienar bienes de la herencia, de la misma manera que el heredero, que lo es propio en la vniversal herencia, pues lo mismo milita de parte, quo ad partem, quæ de toto, quo ad totum, *l. que de tota. ff. de reivind. Gabriel consil. 138. num. 15. vol. 2. Argelo de acquirend. poss. quest. 8. art. 40. num. 57.*

127 Y apretando mas el punto, aunque no pudiera obrar en esta parte como aquel, y que se considerasse tan solamente como acreedor, nihil hominus, podria alienarles hallandose en la possession de dichas casas (quando el titulo con que las ocupò de division no fuera valido por dicho acerto vinculo,) y lo mas que le obstaría seria el tomarlas en cuenta de su legitima, por ser visto no teniendo otro titulo legitimo, averla alienado por dicha legitima, para que el contrato subsista, & ne decipiatur emptor, pues siempre es favorecido por el Derecho. *l. quoties. ff. de reb. dubijs,* y se deve de tomar aquella interpretacion, quæ facit pro actus validitate, *Mantica de coniectur. lib. 4. tit. 5. num. 23. Peregrin. de fideicommiss. art. 7. num. 18.* como con Baldo, Craveta, Alexan. Castrense, Menochio, y otros, lo siente dicho Merlino *dicta quest. 13. art. 1. num. 5.* por lo qual dize, poder el hijo disponer por su legitima de qualquier cosa hereditaria, y subsistir la alienacion con estas palabras.

128 *Hinc constat filium de quacunque re hereditaria recte disponere posse, unde si res hereditarias alienet, sustinetur alienatio, resque alienata in eius legitimam impuetur quasi in eam legitimam eligerit.*

129 Ademas, que todos los Doctores que tratan de la materia, hablan in distintamente poder el hijo por su legitima alienar bienes hereditarios en la cantidad de aquella, como no seá de los mejores, y con dolo, como es de ver en dicho Peregrino

no proximè citatus, num. 1. & 3. en Gabriel de legitim. dict. conclus. 4. num. 1. & per totam, Rota apud dictum Merlin dicta decis. 14. artic. 1. usque ad 11. el qual habla en caso de posleer dos comunmente vnos bienes, y aver vno alienado parte de ellos, y reluelve, cadere in illius portionem, de la misma manera que el luez, movetur ex æquitate ad imputandum in legitimam alienatum à filio, sin que abra camino a fraudes, pues ceslan no ha ziendo la alienacion de los mejores de la herencia.

130 Y aun en terminos mas apretados, que dicha Laura, no huviesse por razon de dicha legitima, podido alienar, ni vender dichas casas, como se haze evidente, ha podido por las referidas dotrinas, aviendolas vendido a tiempo que ignorava dicho acerto vinculo, así aquella, como dicha Iusepa Bernabeu.

131 Lo que se prueba en respeto de dicha Laura, por aver sucedido con sus hermanos abintestato a su Padre en la declaracion referida, cuius virtute, se dividieron los bienes.

132 Y en respeto de dicha Iusepa, por no averse susitado el pleito de dicho acerto vinculo antes de la compra, sino despues muchos meses, subsistiria la alienacion.

133 Y si dicho Tomas Salafranca, ignoró la disposicion de su Padre, en que se funda tantos años siendo el interesado; la ignorancia en dicha Iusepa, bien se presume mientras no se pruebe lo contrario, Argel. de adquirenda possess. quest. 8. art. 21. num. 20. ibi: Qui concludit agentem ad revocationem rei alienate debere probare scientiam cum alias presumatur ignorantia maximè in herede succedente abintestato

134 Y mas siendo de hecho ageno, y de cola secreta, como era de vn acerto testamento, escrito de la propria mano de dicho Pablo Salafranca, de q no tuvo noticia hasta el año 1650. que lucitò el pleito, segun se reconoce ex processu, y por dicha Real Sentencia, que està fol. 376.

I EX.

### EXCEPCION III.

QUE DICHO TOMAS AVIENDO VENDIDO dicha Laura dichas casas con buena fee, y ignorando dicho vinculo, no puede molestar a mi parte, sed agere ad-  
versus venditorem.

135 **Y** Quando la venda, y alienacion no pudiesse subsistir, pro sua legitima, como queda ponderado, subsistiria irrevocabiliter, por el titulo que entonces las posehia dicha Laura, que era como a libres, y heredera de su Padre, aunque estuviessen sujetos a fideicomiso, y a restituirles, como se prueba por la l. fin. §. fin. delegat. 2. Castrenf. cons. 315. in principium, lib. 2. Alexan. quo testatur de communi, consil. 3. num. 3. Decio consil. 256. num. 7. pluribus relatis Argelo vbi proxime n. 19. ibi :

136 *Quia in simili fraude deficiente ob hanc rationem, illud cautum est, ut alienatio rei subiecta fideicomisso valeat, & ita ubi facta est, ab ignorante fideicommissum.*

137 Sin que pueda ser molestada mi Parte, porque aunq sea cosa cierta, in iure, el poder el fideicomissario reivindicar los bienes alienados por el gravado, por no valer mas que, eius vita durante, probat l. 1. §. fin. §. fin. autem, cum §. sequenti, vbi Doctores, C. com. delegat. l. servo legat. §. 1. ff. delegat. 1. Decio consil. 325. in princip. Rolan, consil. 81. num. 1. lib. 2.

138 Attamen, se limita siempre que la venda se huviere hecho ignorando el fideicomiso, assi el vendedor, como el comprador, desuerte que es valida, y no pueden ser molestados los compradores, sino que deve el fideicomissario por el precio agere adversus venditorem, vt est text. notabilis in l. fin. ff. delegat. 2. vbi bart. Paul. Bolegn. y lo siente assi el mismo Argelo, en la dicha quast. 8. artic. 34. num. 74. con estas palabras :

139 *Dixi alienationem factam ab herede non ignoro fideicommissi*



33

missi purificata conditione: resolvi. quia secus est. si facta esset ab herede  
de fideicommissi ignaro, tunc enim sustinetur, & non potest fideicom-  
missarius ab emptore aut alterius tituli adquisitores eam vendicare,  
sed solummodo pretium a venditore gravato repetere potest.

140 Y antes de aquel Roland. dict. com. 81. num. 1. Tamen  
etiam in iure clarum est quod huiusmodi sententia limitatur locum  
non habere quoties venditio facta reperitur per gravatum ignorantem,  
ignorantem, quia tunc ea valet irrevocabiliter, nec vlla molestia empto-  
ribus inferri potest, sed tantum agi contra heredem gravati ad pre-  
cium; cita algunos, y profigue.

141 Notandum in actu pratico, quia si agis ad rem alienam am-  
ratione fideicommissi, non obtinebis nisi probes quod alienans, & ac-  
quirens habebant notitiam fideicommissi; en donde lleva los argu-  
mentos contra dicha limitacion, y satisface a ellos, que por no  
transcribir omito, por quedar sueltos con las razones que doc-  
tamente pondera.

142 Y todos los Doctores concuerdan, agentem ad revo-  
cationem rei alienae, debere probare scientiam, cum alias prae-  
sumatur ignorantia.

143 Maximé. cum herede succedentis ab intestato, ut fir-  
mat idem Argel. dict. artic. 34. num. 75. & 76. el qual con Ro-  
lando, Alexan. Aretino, Angelo, Serafino, y otros, dize:  
basta segun la opinion mas recebida, la ignorancia en el alienan-  
te:

144 Y assi, de la manera que la venda hecha por el here-  
dero gravado, ignorando el fideicomisso, etiam ignoranti, es  
valida, y no tiene accion para reivindicar la cosa el fideicomis-  
sario, non alia ratione quia bona fide, y ignorando ser sujeto a  
vinculo, facta fuit, dexandole solo el remedio de yr contra el  
heredero de quien la vendió, por el precio de ella.

145 De la misma manera la dicha venda, echa por dicha  
Laura, a tiempo que por dicha division, como a heredera de su  
Padre la hizo ignorando ser vinculadas dichas casas, es vali-  
da.

146 Pues milita lo proprio en vn caso que en otro, pues el  
grava-

gravado que ignorando el vinculo les vendiò, entendiò tenerles libres, y aqui dicha Laura, aunque no fue gravada poseyendolos como heredera de su padre abintestato, entendiò tenerles libres, como entonces les tenia, aunque despues haya parecido, segun dicho acerto testamento, ser vinculados.

147 Y en donde milita vna misma razon, idem ius est, *l. illud. ff. ad l. aquilam*, Roland. *consil. 72. num. 29. lib. 1.* pues mas se deve de atender a ella, que a las palabras, y a la misma resolucion, pues es el alma de la ley, y del modo que el hombre se compone de alma, y cuerpo, la ley de la razon, y palabras, Roland. *consil. 14. lib. 3. à num. 21. vsque ad num. 26.*

148 Por lo que se ha de de zir aver alienado, y vendido dicha Laura, dichas casas, por pagarle de parte de dicha legitima ( aunque se pudiera considerar duda, pues se presume, *vt sustineatur pro suo credito*, Honded. *consil. 72. num. 6. lib. 1. Marta de success. legal, part. 4. quest. 21, art. 10. num. 75.* ) Y subsistir por las razones ponderadas, y deversele imputar en aquella, facta alienatione, aunque no las huviesse vendido con tal animo, por ignorar entonces la acerta disposicion de su padre, y tenerse por heredera de aquella con sus hermanos, y señores de los bienes que le señalaron a su parte, y no tener accion para reivindicarlas, assi por dicha legitima, como por averse vendido ignorando el acerto vinculo, en cuyo caso el fideicomissario no tiene accion contra el comprador, si tantum contra heredem alienantis.

**CONCLUSION DE LO PONDERADO PARA**  
*valididad de la venda de dichas casas.*

149 Y Quando pareciesse a este Real Consejo, no subsistir dicha limitacion, de qua num. 137. y seguir, *ratione legitime*, la opinion contraria, de no poder elegir el hijo los bienes que le pareciesse, constando del credito de su legitima, y importar mucho mas, que el valor de dichas casas, y no averlas vendido con dolo, antes con buena fe, con el titulo de heredera, y  
 tam-

tambien no ser de los mejores bienes; proferiria el asignarse. 35  
las aprovando dicha venda, y alienacion, como lo siente dicho  
Argelo en dicha *quest. 13. art. 1. num. 17.* despues de aver esfor-  
zado la contraria opinion, ibi :

150 *Id enim verum si iudex ad quem spectaret assignatio fienda  
ita equum fuerit arbitratus qui cognoverit eam non fuisse sub dolo alie-  
natam, sed forte necessitate postulante, ita non alienaverit filius eo ani-  
mo ut res alienata privaret heredem, cogeretque eum pati, ut in ea re  
legitimam consequeretur (cita a algunos, y profigue) hinc talia  
bona dicuntur in locum legitima cedere ex iudicis approbatione cuius  
partes fuissent eam in re certa assignare.*

101 Y lo mismo sigue Merlin. *dict. lib. 2. quest. 3. num. 42.*  
ibi : *Et iudex in huiusmodi casu ( habla en el que nos hallamos )  
debet electionem à filio factam ratam habere, quando post reclama-  
tionem substitutorum comparet, & non apparet de fraude ut bene ad-  
vertit Manguil de imputat. quest. 122. num. 20. Quoniam filius ut  
creditor videtur posse sibi satisfacere de sua legitima, maxime quan-  
do cum iudicis consensu agit.*

152 Y alsí en tal caso dicha alienacion parese se devia de  
aprovar por buena, & incompetum dictæ legitimæ.

## REPLICA II.

153 **D**Educe dicho Salafranca : Primo, que la enagenacion  
hecha de dichas casas, siendo vinculadas por dicho su  
Padre, in fideicomisso particulari, no seria subsistente aunq̃  
se huviesse hecho pro legitima, por no poderla cobrar, de re-  
particulariter fideicommissa, sino es de los demas bienes heredi-  
tarios, en cuyo caso nos hallariamos, por recaber dichas casas  
en el fideicomisso particular.

154 Secundo, que si se quiesse dezir; que los demas bie-  
nes hereditarios, deduzidos los del fideicomisso, no abastariã  
a pagar la legitima, tocaria provarlo a mi parte, como a funda-  
mento de su intencion, maximé, constando por dicha senten-  
cia de division, aver de libres mas de doze mil, y bastantes para  
pagerla.

K

SA.

## SATISFAICON.

155 **E**Mpero tiene satisfacion: Lo primero, en que dicha regla recibe limitacion quando los bienes mas preciosos fueren vinculados, y quedaron los de menos estimacion en la herencia.

156 Porque entonces es recebido poderse sacar la legitima de los bienes del fideicomiso particular, como a ordenado, y hecho in fraudem legitimæ, pues no puede el Padre vincular los bienes mas preciosos, y gravar al hijo por este camino, a que saca la legitima de los peores, como lo afirman todos los Doctores, de los quales para que se vea quan recebido es, referirè algunas dotrinas in individuo.

157 Merlino de legitim. lib. 2. tit. 1. quest. 9. num. 13. dize así: *Limitatur secundo, quando bona preciosa essent vinculae a fideicommissis, & viliora essent in hereditate relicta, tunc enim legitima, & de fideicommissis deduci posset, ut in fraudem legitimæ ordinatam quia non potest pater omnia preciosa relinquere sub fideicommissis, & gravare filium, ut in vilioribus legitimam deducat.*

158 Rota Romana apud eundem Merlin. decis. 34. num. 6. ibi: *Contrarium tenentes monebantur, quia cum Metallus opponeret de contraventione cui in est ista aequalitas, ut existentibus alijs bonis non sit detrahenda legitima, ex hijs in quibus est particulariter fideicommissum ipse debet probare qualitatem contraventionis, habet enim regulam pro se Andreas, tum quia filio debetur legitimum etiam quia videtur extenore inventarij preciosiora fuisse subiecta fideicommissis, quo casu etiam si extarent alia bona filius potest ex subiectis particulari fideicommissis legitimam detrahere.*

159 Rolando a Valle consil. 12. num. 2: *Ubi dicit hec locum habere nisi omnes res legate essent preciosiores, quia tunc in illis potest constitui legitima, cita a algunos, y prosigue: Et ideo ex premissis sequitur quod si domini Ioannes vult habere legitimam illam consequi debet in alijs rebus non legatis cum preciosiora bona non fuerunt relicta.*

160 Gabriel lib. 6. de legitim. conclus. 6. num. 3. <sup>37</sup> Limita nisi pater omnes res meliores legasset quia tunc etiam de rebus legatis potest eligere legitimam filius quia non debet habere legitimam in rebus deterioribus.

161 Fufarius de substitut. quest. 692. num. 24. Limitatur secundo; quando pretiosiores res essent prohibitis alienam deteriores vero non, nam in istis deterioribus non poterit cogi filius habere legitimam: y en la quest. 143. num. 11. Limitatur hec declaratio quando pater omnes res meliores legasset quia tunc etiam in bonis legatis poterit filius legitimam eligere.

162 Rota apud Buratum in addit. ad decis. 693. num. 13. Item non procedit principalis conclusio, quando pretiosiores res essent legata, vel suppositae fideicommissio particulari tunc enim filius cogi non poterit deteriores res pro sua legitima accipere sed iudicis arbitrio illi erit assignanda.

163 Gratian. dicep. forent. cap. 700. num. 24. Quia respondetur quod praedicta procedunt dummodo tamen alia bona, alijs legata, & relicta non essent de melioribus rebus hereditatis, si enim essent talia reciditur a voluntate testatoris, neque debet attendi quod fideicommissum particulare institutum fuerit in bonis praelegatis, & de eis detrahitur legitima non secus ac si illa legata non fuissent.

164 Larazon assigna ser Merlino, y Fufario, en los lugares citados, quia legitima non debetur in rebus deterioribus sed in mediocribus arbitrio Iudicis sicut non debetur in melioribus; y de la manera que el hijo no puede elegir pro sua legitima, res pretiosiores, ita nec deteriores cogi poterit recipere, sino que todo ha de pender de arbitrio del juez, y aun segun sentir de Gratiano en dicho cap. 700. num. 25. le toca al fideicomissario, pro var que en la herencia vltra de los bienes vinculados, quedan otros, de los quales con mucha vtilidad, y comodidad del legitimario se le puede pagar su legitima, que aviendo de ser en vtil suyo, claro esta no han de ser de los peores..

165 Y aunque dicho Merlino en dicha quest. 9. en el num. 15, diga, estaria lo dicho establecido in gratiam filij, y que no passaria despues de muerto el poderlo allegar a herederos estranos,

nos, segun sentir de algunos, no embaraſſa por no hallarnos en dicho caſo, y por ſerle permitido a mi parte alegar todas las excepciones para ſuſtencia, y validad de dicha venda, que pudiera deduzir dicha Laura, como queda provado.

166 Y que los bienes vinculados ſean los mejores, y de mas eſtimacion que los que quedaron, ſe haze evidente por los miſmos inventarios, y diſiſion, pues vinculò todas las caſas, cenſales, huertos, y heredades de Loya, que ſuben treinta, y tres mil ducientas treinta y tres libras, y ſeis dineros, que es toda la flor de los bienes, y ſe reconoce tambien por lo que dize abaxo:

167 Por lo que dicho acerto fideicomifſo particular ſiendo de los bienes mas preciosos, no puede aver hecho in fraudem de la legitima de dicha Laura, ni impedirle la alienacion de dichas caſas, pues no puede ſer obligada a tomarla en los peores, quales ſon los bienes que no eſtan vinculados, y aviendo vendido dicha Laura, las caſas, ſe le deve de imputar in legitimam, aprovando dicha venda, y mas en tiempo que ignorava el fideicomifſo, y que no pudo alienarlas con animo de defraudarle, antes bien le aſiſtiò buena fee, por el titulo de heredera, en el qual al fideicomifſario ſolo le queda refugio adverſus præſentium, y contra el que vendiò, pero no contra el comprador.

168 A lo ſegundo ( quando no pareciere al Real Conſejo el proceder dicha limitacion tan comunmente recibida, y apoyada por tan graves Doctores, y ajuſtada a razon natural, pues de otra manera ſe daria ocasion con ſemejantes diſpoſiciones a defraudar la legitima, ſiendo tan privilegiada, como dize Rolan. *conf. 65. num. 30. lib. 1. ibi: Et iſta opinio videtur habere magnam æquitatem, quia alias daretur occasio fraudandi filios legitima per ipſa legata, & donationes quod eſſet absurdum, & contra debitum.*

169 En que aunque hecha legitima cuenta de los bienes contenidos en dicho auto de diſiſion, quitados los que pretende recahen en dicho acerto vinculo, eſpecificados en dicho auto

auto

39

auto comparando, de 17. de Julio 1662. quedasen onse mil setecientas sesenta, y seis libras trese sueldos, y seis dineros, en las pensiones de censos caidos, algunos pedaços de tierras, hilos de agua, debitorios, esclavos, instrumentos de labrança, y muebles, los quales dividieron en esta forma, segun de dicho auto resulta.

170 A la parte de dicho Tomas Salafranca, cinco hilos de agua a razon de 585. libras 14. suel. cada hilo, que son 2938 libras 10 suel. En los instrumentos de la labrança 77. libras 7. sueld. En vn esclavo 70. libras. En vna cession 97. libras 2. suel. y 6. dineros. De la obligacion que devia Garcia 400. libras. En vnos toneles 24. libras. En dinero, frutos, alajas, y pensiones de dichos censos 1321. libra y 3. sueldos, que importan dichas partidas 5488. libras 2. sueldos, y 6. dineros.

171 A la parte de dicho Eusebio Salafranca, de dicha obligacion, otras 400. libras en dinero, joyas, y alajas 1241. libra 19. sueldos. En pensiones de censales 553. libras 19. sueldos, que suman 2195. libras 18. sueldos.

172 Y a la parte de dicha Laura, en dos pedaços de tierra 260. libras. En vn debitorio 21. libra. En otro debitorio 164 libras 9. sueldos, y 8. dineros. En dicha obligacion de Garcia, otras 400. libras; y en dinero, frutos, alajas 2730. libras 17. sueldos, y 5. dineros. Y en pensiones caidas 350. libras 19. sueldos y 11. dineros; que sube 4081. libra 17. sueldos, y 4. dineros.

173 Attamen, no consta que dicha Laura huviesse recibido las referidas 2730. libras 17. sueldos, y 5. dineros, que se le designaron en dinero, frutos, alajas, y muebles; pues no se prueba por dicho auto de division, antes bien lo contrario, pues en el item referido en que se le adjudicã, se dize: *Item ad iudicam a la dita Laura Salafranca 2785. libras 7. sueld. y 7. din. les quals se libajen de donar, y pagar en diner contans, y en fruyes, y alajes de dita berencia, cuya palabra, bajen de donar, est futuri temporis, y pide acto de entrego, el qual no consta averse hecho.*

174 Maximé, constando estaban entonces todos los bienes

L nes

nes referidos en poder de Geronima Salafranca, hermana de dicho Pablo, segun se muestra por la confesion, y auto de encomenda, que de ellos hizo al pie de los referidos inventarios, que està fol. 183. y no verificadole averseles entregado, cuyo hecho se requiere para dezirse les recibió, pues quedò a hazer el entrego, como tambien de los autos, y titulos de dichos debitorios, y obligacion para poder instar la cobrança, y que fuesen corrientes, cobrables, y claros.

175 Lo que no se prueva por la confesion hecha por dicha Laura, en el auto de concordia, que hizo con dicho Tomas Salafranca su hermano, en 28. de Febrero 1657. recebido por Geronimo Molina Notario, que està. fol. 192. por resultar en perjuizio de mi parte, no constando de vera, & reale numeratione, Mascas. *de probat. conclus.* 360. *num.* 11. y mas no siendo verosimil, vt idem tenet *num.* 12. y presumirse averse hecho in illius fraudem, y para que por dicha legitima no se cõfirme, y aprueve la venda de dichas casas, Mascas. *conclus.* 361. *num.* 11. *ibi: Secundo limita, tunc procedat in illis casibus in quibus nulla est fraudis suspitio.*

176 Y aqui no puede dexar de intervenir, pues quando dicha Laura avia de procurar la valididad de la alienacion de dichas casas, tamquam factum suum, busca modos para que no pueda tener efeto en lo que no puede dañar asì, porque la cõfesion hecha en vn instrumento, non probat contra aliũ idem Mascas. *conclus.* 373. *num.* 8. como porque no estuvo en su facultad aviendo adquerido derecho en vender dichas casas, y modo para sustentar la alienacion de ellas, y pasado en favor de mi parte vendiendoselas el quitarle, ad exemplum del cedente, que no puede defraudar al celsionario, ni quitarle el derecho que adquiriò, vt pluribus relatis, tenet idem Mascas. *conclus.* 374. *num.* 1. el qual asigna ser la razon en el *num.* 2. *ne sit in facultate cedentis confiteri, & dolo, ac fraude tollere ius quæsitum celsionario quod iura prohibent, & posteum Salgad. de laborint. creditor. part. 1. cap. 27. num.* 63. *Gaito de credito. part. 2. tit. 3. à num.* 421. particularmente despues de la celsiõ  
Farin.



41

Farin. de testib. 60. illat. 12. num. 3 58. limit. 4. Surd. de alimentis  
tit. 8. privileg. 55. num. 16. Gaito de credit. cap. 2. tit. 3. num. 427.  
ex num. 420 pues siempre se atiende, ius quæsitum, vel non dū  
quæsitum tertio, vt ex eo reguletur eius præiudicium.

177 Y en terminos de vendedor el mismo Gaito en dicho  
tit. 3. num. 509. el qual en el num. 512. en comprobacion dello  
dize: Procede sin dificultad no constando aliunde del hecho  
contenido en la confesion, ni variar en la eleccion de los bie-  
nes pro legitima, como se presume hecha per alienationem, vt  
actus valeat en favor del comprador, como lo pondera dicho  
Merlino en dicho lib. 2. tit. 2. quæst. 3. num. 47. con estas pala-  
bras:

178 *Sed pro responsione aduertendum est variationem post actū  
consummatum non procedere in præiudicium tertij cui medio tempore  
ius quæsitum fuit, secus autem quando de nullius agitur præiudicio,  
vel cum illi tertio irrevocabiliter non fuit quæsitum.*

179 Y lo mismo procede en lo que confiesa serle deudor  
a su hermano, para ajustar la concordia, pues no queda justifica-  
do credito alguno aliunde, que por dicha confesion, lo que  
manifiesta mas, y sin dificultad averla hecho in fraudem de mi  
parte, Salgad. de laberint. part. 3. cap. 13. num. 13. ibi: *Nec con-  
fiteudo debitor, aut recognoscendo schedulam privatam potest alijs suis  
creditoribus præiudicare nam licet confessio debiti sit debito probatio,  
intelligitur contra confitentem, qui sibi ex sua confessione aut recogni-  
tione potest præiudicium afferre, pero no en perjuizio de tercero,  
como lo declara él mismo en el num. 14. Non tamen in præiudi-  
cium creditorum sicuti, nec alterius tertij quia simulata ficta, & frau-  
dulenta præsumitur fraudandi, & eludendi iura creditorum causa  
emanata, & idcirco in eorum præiudicio his in cuius favorem debitor  
debitum passus fuit inter ceteros creditores adscribi non debet.*

180 Y es recebido entre todos los Doctores, los creditos  
que no consta de ellos por otro, que de las confesiones, ser si-  
mulados, y en fraude de los terceros que pueden tener interes,  
y daño, y no poderles perjudicar, vt pluribus relatis, probat  
idem Salgad. num. 16.

181 Antes bien lo está el de dicha Laura, en todos los intereses discurridos de dicha legitima, hasta el dia que las vendió, por lo menos de dichas 2785. libras 7. suel. y 9. dineros, que no consta recibió, que son considerables, y de los demas bienes, que no consta aver cobrado los reditos, vltra de otros creditos que en processo consta tener contra su hermano por razon de la herencia de sus tios, que importan mas de 1500. libras.

182 Y aun en terminos mas apretados que se pudieffe cōsiderar aver recebido dichas 2730. libras 17. sueldos, y 4. dineros, no provando, como no ha verificado dicho Salafranca, aver alienado aquellos antes que dichas casas, lo que devia de hazer, y que fuesse en cantidad, que no le quedaran buenas en la legitima el precio de ellas no pueden embarazar dicha venda, por ser recebido imputarse las primeras alienaciones hechas por el legitimario in legitimam, y por las demas quedarle solo accion al fideicomissario para impugnarlas, Rota Rom. apud dictum Merlin. *decis. 1. num. 9. ibi: Quae enim primo fuerunt alienata à gravato imputantur in hanc deductionem, & alienatio sustinetur pro summa debita sequentes autem alienationes à fideicommissariis retractari possunt.*

183 Y assi mismo, el dever provar el fideicomissario haverse antes hecho alienaciones en cantidad de la legitima por tener mi parte la presuncion en contrario en su favor, vt cum Peregrin, Manguil, y otros, lo afirma dicho Merlino *dicta decis. num. 5. Neque obstat quod praetendatur ipsius legitimae deductionem fuisse per alias alienationes consumptas quia possessores predicti habent eorum intentionem fundatam in regula quod alienata in deductiones imputari debeant, ita vt dicto Angelo fideicommissario dicenti de deductionem predictam fuisse ante consumptam, onus probandi incumbat.*

184 De lo q̄ nase satisfacion a la cuenta que haze de q̄ dicha Laura estaria pagada de la mayor parte de su legitima en el horno expressado en el item 71, por precio de 300. libras en el debitorio referido del item 114. de 61. libra, en el debitorio del

del item 115. de 21. libra, en dichos dos pedaços de tierra del <sup>45</sup>  
item 119. en 260. libras. En 400. libras de la dicha obligacion  
de Garcia, del item 120. En dinero, alajas, frutos, dichas 2785.  
libras 7. suel. y 9. dineros. Del item 121. y 470. libras. En  
otros items de dicha division, que importaria 4462. libras, por  
lo que quedandosele deviendo 538. libras, no habria podido  
vender dichas casas.

185 Porque a demas que dicho horno recae en el vinculo,  
y como a tal le posee dicho Salafranca, con los demas bienes  
vinculados, con que aun importado solo la legitima, cinco mil  
libras, que no esta liquidada, y subira mas de seis quando la par  
te la liquide, como lo ha tomado a su cargo, por lo q le queda  
ria credito bastante para la venda de dichas casas, y mucho mas  
por importar dichos debitorios, tierras, deudas, y alajas solo  
3993. libras 7 suel. y 9. dineros, quando deviesse tomar la legiti  
ma en ellos, lo que se le niega, no aviendo provado aver ven  
dido dichos muebles, y demas bienes referidos, ni otros de los  
que le tocaron a su parte antes de la venda de dichas casas, en  
cantidad que no le quedasse para ello credito bastante, lo que  
devia por ser la alienacion, quit facti, & facta non presumun  
tur, nisi probentur, l. in bello, §. facta, ff. de captiv. & postlim.  
revers. Argelo de acquirenda possessione, quest. 8. artic. 36. num.  
5.

186 Por lo que la venda de dichas casas, habenda est pro  
prietatis alienatione quia illa dicitur qui nullam antecedere vide  
mus, cum primum illud, sit quod nihil habet ante se, l. proximi.  
& l. proximis, ff. de verbor. signif. Roman. cons. 408. in princip.  
& nulle præsumentur antecedere quando non apparent vt, l. in  
bello, §. facta; y aunque apareciesen de posteriores no podrian  
impedir dicha imputacion in legitimam, ex Argelo dict. quest.  
36. num. 6. ibi: Confirmatur quia certum est primas alienationes esse  
totas non vere posteriores ita ut priorum nomine nihil retrahi possit  
posteriores verè in quantum excedunt consumptas detractiones revoca  
ri posse.

187 No está en su voluntad el aplicarle por la legitima di

M

chos

44  
chos bienes, ni ay razon para que deva de tomarla en ellos, y no en dichas casas, por las razones ponderadas, y mas infraudem del comprador que ignorò dicho vinculo.

188 Por lo que aquellas se deven imputar in legitimam, y por la buena fe que le asistiò tempore venditionis, seu transportationis, pues como se ha provado, obra que el fideicomisario no pueda yr contra rem alienatam, sed tantum, por el valor contra el que la alienò. Por cuya razon aunque huviesse alienaciones antecedentes a la de dichas casas, que no procederia, no ha constado dicha demanda, por averse hecho con buena fe, y entendiendo eran libres suyos, como a heredera de su Padre, y solo le competeria accion a dicho Salafranca, contra dicha Laura, como dexé provado.

#### EXCEPCIN IV.

*QUE A MI PARTE LE COMPETE RETENCION de dichas casas, quando no procedieran las referidas excepciones, assi por la legitima de dicha Laura, como por las obras que en ellas tiene hechas.*

189 **L**A retencion es mas privilegiada, que la accion, vt tēnent Decian, *consil.* 94, num. 27. & 28. lib. 3. Ioannes Petrus Bolignat. *in tract. de iur. retent.* num. 6. & 7. Grass. *de exceptionib. except.* 16. num. 22. Gratian. *dissep. forent.* cap. 470. num. 12. & cap. 408. num. 7. Cephal. *cons.* 295. num. 74. lib. 2.

190 Por lo que se concede en muchos casos que se deniega la accion, vt est text. *in l. 1. S. nam qui domus, ff. de superfi. l. inuitus, s. cui damus, ff. de regul. iur. cap. qui ad agendum de procurato in 6. l. per retentionem, C. de usuris, Franchis decis.* 104. num. 4. idem Grassus vbi proximè num. 23. & Gratian. *cap.* 494. num. 12.

191 Y se verifica inter alias, en la compensacion, pues no dandose lugar a ella, se le dà a la retencion, como a mas favorable, y privilegiada, Aymon *consil.* 148, num. 2. Gratian. *dissep. forent.*

forens. cap. 273. num. 25. dominus Leo. decis. 53<sup>45</sup> num. 13. Faber in suo codice lib. 5. tit. 13. dif. 4. num. 5. fol. 51.

192 La qual no solo se concede por los creditos hypotecarios, l. unica, C. etiam ob chyrografariam pecuniam, probat Negulant. de pignorib. in 4. memb. 5. part. num. 2. tom. 6. tract. par. 1. fol. 238. por lo que dicho señor Regente Leon, refiriendo a Gratian. en dicha decis. 53. dize, que en los casos que está excluida la excepcion de compenlacion, non prohibetur quis vti iure retentionis exhypoteca proveniente.

193 Pero tambien por chyrografarios, segū se prueva por el tex. in l. si non sortem, §. si centum, ff. de condit. in debet. que assi lo entienden Bartulo, Castrense, y otros referidos por Surdo. decis. 46. num. 9. el qual dize se deve de entender. habla dicho S. de la acciō Personal, no de la Real, y q̄ si la cosa del deudor allegare a las manos del crehedor, potest retineri. etiam si non fit obligatum, y por el mismo text. dict. l. unica, C. ob. Chyrografaria, cuius verba hec sunt.

194 *At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddat, vel deferat, qua sine pignora debetur eam restituere propter exceptionem doli mali non cogens, iure enim contendis debitores eam solam pecuniam cuius nomine ea pignori obligaverunt oferentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, qua mutuam simpliciter acceperunt.*

195 Del qual se prueva competer la retencion por el contrato de mutuo, & sic pro credito chyrografario, lo que se estiende a otro qualquier contrato, vt cum multis probat Merlinus de pignorib. & hypotece, lib. 4. tit. 2. quest. 78. num. 2. ibi:

196 *Extenditur primo hac conclusio non solum procedere in debitorio chyrografario ex causa mutui, vt ille textus loquetur (habla de dicha ley) Sed etiam ex alio contractu, quia iuxta glossam ibidem in verbo, mutuam fuit dictum de mutuo, causa exempli.*

197 Y assi. en caso pareciesse a este Real consejo no adjudicarle a dicha Laura. las casas in legitimam, lo que no espera mi parte, assi por las razones que de derecho le assiste, como por la equidad, compitiendole por aquella la accion hypotecaria

ria, como lo sienten Franck. *decis.* 374. *num.* 6. Alexan. *cons.* 156. *num.* 2. Ant. Oliban. *de actionib. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 29. *vers.* *Competit pro legitima*, Decius *cons.* 234. *num.* 6. *part.* 1. Preteus *decis.* 37. *num.* 6. *lib.* 2. Rota apud dictum Merlin. *decis.* 11. *num.* 2. le competeria la retencion de ellas, de la misma manera que a dicha Laura, como lo afirma Surdo *cons.* 4. *num.* 23. Merlin. *dict.* *lib.* 4. *tit.* 5. *quest.* 188. *num.* 25. *ibi*:

198 *Vivur etiam possessor alio remedio ad tuendam suam possessionem ex iurib. suorum debitorum habentium hypothecas anteriores quia quemadmodum illi haberent retencionem adversus debitorem, ita debet habere possessor creditor, vii succedens in eorum locum, & ius cui & competit facultas exercendi actiones viiles quas ille possent exercere.*

199 Hasta tanto que estuviere pagada, no solo del precio de las casas que diò a dicha Laura, que es parte del credito de su legitima, segun opinion de algunos, Bald *consil.* 171. *col.* 1. *vers.* *Similiter, & filij*, *lib.* 1. Purpurat. *consil.* 104. *num.* 7. Surd. *cons.* 248. *num.* 16. *lib.* 1. Gratian. *dissep. forent. cap.* 331. *num.* 22. *ibi*:

200 *Et magis requirebatur ista probatio quod alia bona non extarent cum pretendantur detractiones super dicto precio in quo Angela habet retencionem, quoadatur filio possidenti donech sit facta liquidatio legitima.* Rota Romana apud eundem Merlin. *decis.* 7. *num.* 9. & *decis.* 11. *num.* 2. en donde refiere diversas declaraciones Gabriel *consil.* 36. *num.* 11. Argelo *de legitim. contrad. quest.* 13. *art.* 5. Castrenf. *consil.* 292. *num.* 7. *lib.* 2. Gratian. *dissep. forent. cap.* 199. *num.* 19. Merlino *de legitim. lib.* 5. *tit.* 3. *quest.* 10. *num.* 5. *ibi*:

201 *Secundo succurritur filio aut eius heredi in casu quo fatienda est restitutio exceptione retencionis totius hereditatis donech detracta sint portiones legitima.*

202 Lo que corrobora con diferentes decisiones, que refiere de la Rota, passando la cosa de vn heredero en otro, hasta que efectiva, y realmente esté satisfecho, sin que se admita la causion de restituendis de tractionibus por requirirle actual restitucion, vt ex Puteo *decis.* 471. *num.* 3. *lib.* 2. Argelo *dict.* *quest.*

13. num 60. Surdo decis. 333. in fine, tenet idem Merlin. dict. q. <sup>47</sup>  
10. num. 6. Surd. decis. 46. num. 9. con estas palabras: *Quinimo  
hoc casu non sufficeret si debitor vellet cavere de solvendo, vel estando in-  
ri pro vero debito, & pro expensis, & interim rem suam recuperare,  
quia solutio actualis requiritur, verum etiam. de los reditos cor-  
respondientes al fuero de a cinco por ciento de dichas 1600. li-  
bras, que es el corriente en el Reyno, Dominus Leo decis. 81.*

203 Por ser ratione legitimæ, y llevar en si el interes, como  
dexé provado, & pluribus relatis tenet Honorat. Leotard, de  
usur. quest. 98. num. 48. & 49. imputandosele en ellos los alqui-  
leres de dichas casas, quitados los gastos hechos para su conser-  
vacion, quia fructus non dicuntur nisi deductis expensis, cap.  
1. de usur. ibi: *Si forte in suam deductis expensis de fructibus iam per-  
cepit, laté Sesse decis. 325. lib. 3. per totam, Fontanel. decis. 208.  
num. 14. ibi:*

204 Secundo ad favorem creditoris est habenda ratio expensarum que per eum fiunt pro colligendis fructibus quia fructus non dicuntur nisi qui super sunt deductis expensis, lo que procede en favor del acrehedor, aunque fuera el credito, ex causa mutui, que no puede ser mas esteril por no produzir interes, vt probat idem Fontanel. dict. decis. 208. num. 16. Quarto creditoris commodo cedit quod cuiuscunque speciei sit creditum ipsius, puta etiam ex causa mutui, que non potest esse magis sterilis, nullo enim modo parit interesse aut usuras, aduch in isto casu parit illud, & illas, & procedunt, qua super ius diximus atque ita in isto casu non inspicimus si fructus alias aut interese, vel usura pareret creditum sed cuiuscunque speciei illud sit relinquit sterilitatem quam habebat, & fecunditatem induit.

205 Y la razon assigna ser num. 17. con Thesauro decis. 78 num. 3. & 4. con Ant. Fabro in suo codice, lib. 88. tit. 22. de pact. pignor. de fruct. 11. con estas palabras.

206 Quia hac sunt usurae recompensative quanti inter est creditoris, qua omni iure debentur, & possunt in pactum deduci, non enim foret iustum, quod ego qui rem debitoris habeo, debeam respondere ei de legitimis fructibus, & ille habens meam pecuniam in nihilo mihi teneretur.

207 Maximé, no aviendose provado p̄r dicho Tomas Salafranca, como quoda dicho, aver alienado Laura Salafranca, bienes algunos, bastantes a dicha legitima, antes de la venda de dichas casas, pues las alienaciones, así de muebles, como de sitios, hechas despues, no puede quitarle a mi parte el derecho q̄ adquirió, ex prima alienatione de dichas casas, como se presume, no verificandose de anteriores por deverse imputar la primera alienacion in legitimam, y por lo demas quedarle accion al fideicomissario para pedir las, o yr contra los herederos del alienante, o contra aquel, & in occurrenti, aunq̄ se provare anterior, no tendria lugar por averlas alienado con buena fee, y por no poderla obligar a tomar la legitima en los peores bienes, quales son los libres asignados a dicha Laura, en la divisiõ desuper expresados.

208 Sin que la confesion de dicha Laura, hecha en la cõcordia, y ajuste que hizo con su hermano de estar pagada de la legitima, extra de dichas casas, pueda impedirlela no confutando, aliunde de ello, con prueba real, y verdadera, vt provavi de super.

209 Y aunque como està dicho arriba, passaron todas las excepciones alli referidas, que le competian a dicha Laura, mi parte, como a suceßora en dichas casas, aquesta de retencion no le falta, pues ex natura contractus transit in emptorem, sin que sea necessario intervenga pacto convencion, ni celsion, *l. quia debitore, ff. qui pos. in pig. hab.* por naser ex æquitate legis, que deve prevalecer, *l. in hoc iudicium 14. S. in pendia, vers. Sed is qui, ff. com. divid. Mena variar. lib. 1. cap. 18. num. 14. Giurb. decis. 63. num. 7. Olea de cess. iur. tit. 4. quest. 8. num. 29. & quest. 1. num. 25. Gratian. disep. forens. cap. 263. num. 8. 23. & 39. & 40. aunq̄ ad agendum fuera menester por concederle mas facilmente la retencion, que la accion, dicho señor Regente Leon decis. 1. n. 37. Giurba decis. 60. num. 5. D. Iuan del Castill. tom. 3. controvers. cap. 15. à num. 9. & tom. 4. cap. 42. num. 113. el mismo Olea dict. q. 8. num. 30.*

210 Y es tan favorecida la retencion, que se concede ex iure superveniente, etiam pendente, lito vt cum Bartul. & alijs. lo fr.



49

afirma Gratian. *dissep. forent. cap. 903. num. 23* en donde refiere  
diversas decisiones de la Rota Romana:

211 Y finalmente. quando por dicha parte nõ procediera  
la retencion, tendria lugar por lo que ha gastado mi parte en las  
obras que tiene hechas en dichas casas desde que las posee, pre-  
cisas, y necessarias para su concervacion, segun consta por las  
Provisiones, y relaciones que para ello procedieron, y apocas  
firmadas por los maestros que las han hecho, q̄ estan en el pleito  
fol. corroboradas con los testigos que ha producido, q̄  
estan a fol. 393. que importan mas de mil libras.

212 Por ser recebido cõpetir. pro meliorationib. rei pos-  
sessa, & conservatione illius. *l. si in area 33. in fine. ff. de condit. in  
debiti, ibi: Siquis cum stimaret se heredem esse infulam hereditariam  
fulsisset nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare potest,*  
*Negunsant de pignorib. part. 5. memb. 4 n. 8. Barbol. in l. divorcio,  
S. fin in 2. p. n. 1. ff. soluc. matr. Merlin. de pignorib. dict. lib. 4. tit. 5.  
quest. 192. num. 1. Argel. de legitim. contrat. dict. quest. 13. art. 7.  
num. 76. Garcia de expens. & meliorat. cap. 1. num. 16. ibi:*

213 *Si tamen reperiat expensum in ipsa re, tunc habet qui ex-  
pendit causam retentionis coherentem ipsi rei licet res ipsa non sit in  
pignus traditum.*

214 Sin que pueda ser oydo el actor, hasta tanto q̄ los hū-  
viere pagado, *l. infundo, ff. de reivindicat. dict. l. si in area in fine fa-  
cit tex. in l. si non sortem, S. si certum, ff. eod. Argel. de leg. contr. dict.  
quest. 13. art. 8. num. 81.*

215 Y es tan favorecida la retencion. que aunque las mejo-  
ras no estuvieran liquidadas. como lo estan por las provisiones,  
autos, relaciones de expertos, y testigos, sino q̄ quedaran por  
lo general solo provadas, tendria lugar, como lo afirma el mis-  
mo Argelo *dict. art. 8. num. 82.* con estas palabras.

217 *Maximè, cum natura melioramentorum sic ut si non sine  
liquida nihilominus iubet leges ut solvantur ante recuperationem rei.*  
*Merlin. dict. q. 152. n. 2. ibi: Amplia primo etiam si ipsa meliora-  
mentum aliqua non essent, cita a algunos y prosigue, sufficit enim illa  
esse in genere probata licet non in specie, el qual en el num. 10. dize, q̄  
aunque la cosa mejorada no estuviere hypotecada, lo estaria ex  
me,*

5.600  
30  
melioratione por lo que le competerian dos remedios, el vno de hypoteca, y el otro de retencion.

218 Y assi estando las casas por dicha legitima, no puede dudarle le competa la retencion, quando procede pro credito chyrografario.

### CONCLVSION DE LA ALEGACION.

219 **D**E lo dicho resulta, no proceder dicha demãda de reivindicacion, y aver lugar lo suplicado por mi parte, por las excepciones que en su exclusion tiene puestas, que se reduzen a lo siguiente.

220 Primo, por no quedar provado el acerto vinculo de dichas casas por el referido testamento, y Reales Sentencias, sal tim, respeto de mi parte, y por configuiente no perjudicarle.

221 Secundo, (quando pareciesse a este Real Consejo lo contrario) por subsistir la venda de ellas, hecha por dicha Laura, en parte de paga de su legitima, ò por lo menos el asignarlas por aquella, aprovando dicha venda, y alienacion.

222 Tertio, por aver alienado con buena fee, y a tiempo q̄ ignorava dicha Laura, el pretendido vinculo, y no tener acciõ contra aquellas dicho Tomas, si ad summum contra su hermana, quando excedieran las alienaciones la legitima.

223 Quarto, por la retencion que le competeria, assi por la legitima, como por las obras, y mejoras que tiene hechas en dichas casas, hasta tanto que estuviesse pagado del precio dellas y reditos.

224 Y a vista de ellas, y de las razones con que las he fundado, que juzgo por subsistentes, y juridicas, confia mi parte en tan grave Senado, en donde tanto se pesa la justicia, y juzga atenta la verdad del hecho, obtener en su favor, y assi lo siento salva semper, &c. En Valencia a 13. de Marzo 1666.

Potest imprimi.

*Martinez de la Vega R. F. A.*

*El Doctor Maricio de Bolege.*

